

A Posse de Direitos Pessoais

ARNOLD WALD

A POSSE é um poder material, é a senhoria material da coisa, a exteriorização do direito, que a pessoa pôde ter ou não, que se concretiza nos atos materiais realizados em relação à coisa. A posse é, de acôrdo com o art. 485 do nosso código civil, o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. E', pois, o exercício de fato, exclusivo ou não, temporário ou perpétuo, do direito de usar, gozar e dispor da coisa (art. 524).

A própria etimologia da palavra — *Possideo* — nos indica o sentido da posse. E' um composto de *pôr* e de *sido*, significando *sentar-se sôbre, dominar, ter*. O Benoist-Goelzer cita algumas expressões esclarecedoras: *Nomen possidere*, — ter um nome, *ingenium possidere*, — ter talento; *Forum armatis cum possideres*: Dominar o foro com as tropas.

“A idéia de posse implica, pois, o fato material de ter debaixo dos pés, de estar sôbre, de assentar sôbre.” (ASTOLFO DE REZENDE, *A posse e a sua proteção*, 1937, p. 54), implicando uma relação material, um contato direto com a coisa. Tal é a concepção que domina tôdas as definições da posse: a idéia de atos materiais podendo ser praticados sôbre a coisa. Assim Azevedo Marques define a posse como “o fato da detenção de uma coisa suscetível de propriedade privada, sôbre o qual o detentor exerce, ou pode exercer, em seu nome, todos os atos materiais que o proprietário poderia praticar.” (AZEVEDO MARQUES, *A ação possessória no Código Civil Brasileiro*, 1923, p. 6) e o Código Civil Alemão estabelece no seu artigo 854 que “a posse de uma coisa adquire-se pela obtenção do poder efetivo sôbre essa coisa”. No mesmo sentido manifesta-se Planiol: “La possession est un état de fait qui consiste à detenir une chose d'une façon exclusive et à accomplir sur elle les mêmes actes matériels d'usage et de jouissance que si on en était propriétaire.” (In A. MARQUES, 6).

Dêste modo, parece que não deveria haver posse de direito, *possessio juris* ou *quasi possessio*, mas tão-somente posse de coisas, *possessio corporis*, já que só sôbre as coisas pode se exercer esta senhoria material, êste poder físico que caracteriza a posse. A idéia de que posse só pode haver de coisas e não de direitos é defendida por Planiol em seu *Traité Élémentaire*, sendo a opinião do eminente jurista francês abonada entre nós por ASTOLFO DE REZENDE no seu livro, *A posse e a sua proteção* e por AZEVEDO MARQUES em *A ação possessória*. Diz PLANIOL que a posse apa-

receu como poder físico e material, só se aplicando, pois, às coisas corpóreas. Tal o sentido do *possideri possunt quae sunt corporalia* (Lib. 41, tit. 2, Dig. Fr. 3 pr. ap.: BARINETTI, *Del Possesso*, Pavia, 1866) sabendo-se que *corporales res sunt quae sua natura tangi possunt*, e do *nec possideri intelligitur jus incorporale* (Lib. 2. tit. 2, Inst. § 1 e Lib. 41, tit. 3, Dig. Fr. 4 § 27 in BARINETTI — *op. cit.* p. 26). Surgiu, posteriormente, a *quasi possessio* ou *possessio juris*, posse de direitos, aplicando-se as servidões. Mas a diferença entre a *possessio corporis* e a *possessio juris* do direito romano não se justifica senão historicamente, diz PLANIOL. E, de fato, a posse de servidão não é mais posse de direito do que a posse de uma coisa. O que os Romanos chamaram de posse das coisas corpóreas era o gôzo completo e exclusivo de uma coisa que corresponderia ao exercício de fato, à exteriorização do direito de propriedade. Assim, dêste modo, a própria *possessio rei* é tanto uma *possessio juris* quanto a posse das servidões já que a *possessio rei* ou *corporis* é a posse de um direito, é a posse do direito de propriedade. Não se justifica, pois, o dualismo, senão por considerações históricas, dizendo-se haver posse de coisa quando a posse corresponde à exteriorização do direito de propriedade e posse de direito quando a posse corresponde à exteriorização de um outro direito real. (PLANIOL, *Traité élémentaire*, vol. I, 1950, p. 935). O BGB (1) para acabar com estas dificuldades de ordem teórica, suprimiu por completo a *possessio juris* ou *quasi possessio*, só reconhecendo a posse de coisa. E fez bem, visto que na posse das servidões ou de outros direitos reais a posse recai na verdade, em definitivo, sôbre uma coisa, e só sôbre uma coisa poderia ser exercido um poder físico. ASTOLFO DE REZENDE esposou a tese de PLANIOL e do BGB, escrevendo que: Não é lícito falar em posse de direitos. A posse é sempre, e sômente, a detenção de uma coisa corpórea e material; só essa coisa pode constituir o seu objeto.

Mas não é necessário, para ser possuidor de coisa alheia, que se exerça sôbre ela um direito real; um direito pessoal que confira a alguém o poder de fato sôbre essa coisa, confere-lhe contemporaneamente a qualidade de possuidor. (Astolfo — *op. cit.*, p. 76). Caracterizando-se a posse por um poder físico que se exerce sôbre alguma coisa, não é possível falar em posse de direitos.

(1) Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetz Buch).

E' a tese que AZEVEDO MARQUES vem reforçar no seu estudo sôbre a posse.

"Em rigor, escreve o nosso antigo ministro do exterior, seria mais conforme a realidade das coisas abandonar-se a idéia de posse de direitos, mesmo reais, porque não é o direito real por si só o objeto da posse e da garantia possessória, mas, sim, a própria coisa corpórea possuída em virtude do direito real" (*op. cit.*, p. 10), o mesmo acontecendo, aliás, quando a posse tem por causa um direito pessoal, na forma, por exemplo, da posse direta referida pelo art. 486 do nosso cod. civil.

Na realidade, a posse exige uma manifestação palpável, exterior, material, que só é possível conhecer quando esta manifestação se realiza sôbre coisas.

A conceituação material da posse é inerente ao direito romano no início da sua história. Depois de reconhecer a posse que correspondia a uma exteriorização da propriedade na integralidade dos seus atributos, conheceu o direito romano a exteriorização de uma parte, de um desmembramento do direito de propriedade, passando os autores a tratarem da posse das servidões. "A diferença consistia em que, enquanto a posse das coisas corpóreas considerava a coisa na sua totalidade, a dos direitos reais limitava-se a um desmembramento da propriedade, a um *ius in re* somente" (ASTOLFO, 58). Falou-se então injustamente e sem razão, como já o vimos, em *possessio juris* ou *quasi possessio*, quando só havia, na realidade, *possessio corporis*, *possessio rei*. No direito romano a posse não transpôs o domínio dos direitos reais, limitando-se às servidões, e na opinião de alguns autores, a enfiteuse e à superfície. (RUI, A posse de direitos pessoais, p. 6, edição Simões, 1950). Coube ao direito canônico hipertrofiar o conceito de posse, dando-lhe um sentido muito mais amplo. A modificação do conceito de posse foi gradativa e se explica por motivos técnicos, dando-nos interessante exemplo da ampliação sofrida por um instituto jurídico. Efetivamente, sabemos que, na Idade Média, numerosos direitos estavam ligados ao solo. Assim é que, por exemplo, o exercício do poder episcopal ficou dependente da posse da igreja episcopal e dos bens que lhe pertencem, o mesmo acontecendo quanto às rendas territoriais, dízimos e corvéias, contribuições estabelecidas pelo direito germânico. Dêsse modo, a turbação, que só podia atingir as coisas e os direitos que diretamente sôbre elas recaissem, passou, pelas suas conseqüências, a alcançar os direitos pessoais. A posse do cargo, estando ligado à posse do solo, podiam os dignatários, os bispos e os juizes recorrer à ação possessória para serem mantidos nos respectivos cargos.

RUI BARBOSA, no seu magnífico estudo sôbre os direitos pessoais, cita-nos Valasco, ao referir-se o praxista às cartas tuitivas expedidas pelo rei em favor da manutenção da posse de um eclesiástico no seu Ministério. Escreve, pois, RUI que "Desta arte, com ser o que era no século XVI a autori-

dade do santo padre, a mais alta e poderosa assim no século como na Igreja, os remédios civis possessórios eram opostos aos seus decretos; e graças a êsse amparo, a posse, estribada em uma provisão do ordinário, prevalecia pela sua simples anterioridade, ao título fundado em letras apostólicas." (RUI, 13) Era o tempo em que se reconhecia a posse dos direitos patrimoniais e de família, do monopólio e do privilégio, recorrendo-se às medidas possessórias para defender a validade de um casamento, a legitimidade de um filho, um título de nobreza ou mesmo um título de doutor. (MEREJE, *Teorias jurídicas da posse*, 198-199). Chegara ao auge a época da posse dos direitos pessoais. Com a revolução francesa, o conceito de direito real se modificou. Direito real, na Idade Média, não era somente aquêle que incidia diretamente sôbre um imóvel, mas todo direito que tivesse relação com um imóvel. Assim, equiparam-se aos direitos reais os títulos e funções decorrentes da propriedade de certas terras. No fim do século XVIII, foi reduzido o conceito de direito real, limitando o código civil francês o benefício das medidas possessórias aos direitos que pudessem ser objetos de turbação material.

Na época que antecedeu o nosso Código Civil, a jurisprudência e a doutrina parecem ter hesitado quanto à proteção possessória dos direitos pessoais. Cita-nos RUI alguns casos da jurisprudência e farta doutrina em favor da posse dos direitos pessoais. Conseguiu, aliás, RUI BARBOSA, no caso dos lentes da Escola Politécnica, obter um interdito de manutenção de posse para os seus constituintes suspensos do cargo. Numa crítica construtiva ao estudo de RUI sôbre os direitos pessoais ASTOLFO DE REZENDE e AZEVEDO MARQUES (ASTOLFO, p. 93-151 — AZEVEDO MARQUES, 18-25) contestam as citações de RUI e suas asserções quanto às tendências gerais da doutrina, mostrando, por exemplo, que a opinião de IHERING é profundamente contrária à proteção possessória dos direitos pessoais e opondo à jurisprudência referida por RUI uma jurisprudência em sentido oposto. A polêmica doutrinária que se firmou, nas páginas do *Jornal do Comércio*, entre RUI Barbosa e Lúcio de Mendonça, divulgando o assunto, permitiu uma análise mais profunda que facilitou o trabalho do codificador. CLOVIS insurgiu-se contra a tese de RUI, declarando que "na sistemática do código, não há posse senão de direitos reais." (BEVILAQUA, *Cod. Civ. Com.* 3.º vol.) Já na Introdução ao projeto do Código dizia CLOVIS: "O atual projeto seguiu uma linha intermediária, compreendendo no conceito de posse todos os direitos reais, com exclusão, naturalmente, da hipoteca, pois que ela não se aplica de modo continuado sôbre coisa nem importa a detenção do bem vinculado. Embora a palavra posse seja empregada em relação a outras relações jurídicas (posse de estado, por exemplo), o seu emprêgo não traduz senão uma analogia a que não corresponde uma identidade jurídica, pois não se tem em vista nem a manifestação exterior da propriedade nem os interditos, mas uma

relação de fato representando-se sob uma forma externamente apreciável” (Introdução ao projeto do código, p. LXXIV).

Coube a RUI BARBOSA, na comissão do Senado, modificar a redação do artigo que definia o possuidor. A redação do art. 491, na Câmara, era a seguinte: “Considera-se possuidor todo aquêle que tem, de fato, o exercício, pleno ou limitado, de alguns dos poderes inerentes ao domínio”. Modificou RUI êste artigo passando a ter a atual forma do art. 485: “Considera-se possuidor aquêle que tem de fato o exercício pleno ou não de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade”. Quiseram ver alguns autores neste acréscimo de *ou propriedade* a introdução da proteção possessória dos direitos pessoais no Código. Tal é a opinião de MARTINHO GARCEZ e LUIZ CORREIA, considerando ainda que o código estabeleceu a proteção possessória para os direitos pessoais os Professôres LINO DE MORAIS LEME (*Posse dos direitos pessoais*), VICENTE RAO, e EVANDRO BALTAZAR DA SILVEIRA entre outros. Contrários a tal compreensão manifestaram-se ASTOLFO DE REZENDE, AZEVEDO MARQUES, CLOVIS BEVILAQUA, JORGE AMERICANO, PAULO TEIXEIRA e MARQUES DOS REIS. A jurisprudência, depois de hesitar, firmou-se definitivamente no sentido de negar a proteção dos interditos aos direitos pessoais, não obstante o acórdão do Supremo Tribunal de 10-9-1921, de que foi relator o Ministro Edmundo Lins e que firmou a doutrina de que “o interdito proibitório não protege sòmente a posse dos direitos reais aplica-se, também, à dos direitos pessoais; pois a lei, quando a êle se refere, fala simplesmente em direitos e onde a lei não distingue a ninguém é lícito distinguir.” (Acórdão 3022, Rev. do S.T.F. XXXIV, p. 62-66).

A introdução da posse dos direitos reais no código, pela emenda de RUI, não se justifica, já que:

a) parece haver perfeita sinonímia entre propriedade e domínio, como ficou estabelecido em outros artigos do código;

b) a própria forma da emenda, sem uso do artigo parece indicar esta sinonímia que RUI utilizava muito;

c) a própria intenção do parecer literário de RUI donde se originou a emenda era, como o mostrou em magnífica conferência o prof. SANTIAGO DANTAS, de se limitar à forma do projeto, para alertar a opinião pública, com uma discussão menos técnica e mais ao alcance de todos que é a crítica da forma, sôbre os perigos de um código feito às pressas, de um código feito quanto antes, de um código já e já.

Não sabemos se o autor do opúsculo sôbre os direitos pessoais foi RUI BARBOSA advogado, como o quer Astolfo de Rezende, ou Rui Barbosa jurista, como acredita RUBEM NOGUEIRA. Em todo caso, foi um Rui Barbosa atento às necessidades da época, um Rui Barbosa revoltado contra o direito parado e rígido, exigindo da ciência e das normas jurídicas uma mobilidade e uma adequação constante às realidades e às necessidades novas. Hoje, o próprio Rui talvez já não haveria de pugnar pela posse de direitos pessoais, já que a necessidade de proteção de certos interesses que naquela época não conseguiam rápida defesa judicial passou a ser atendida pelo Mandado de Segurança. E, quando as exigências da prática não divergem da dogmática jurídica, podemos voltar à técnica em tôda a sua pureza, abandonando os artifícios criados diante da premência das necessidades sociais, e podemos considerar que só há posse de coisas. A posse sendo um poder material, a proteção possessória é, pois, o apanágio das coisas, dos direitos que recaem diretamente sôbre as coisas. Não há, pois, posse de direitos pessoais.