

ESTADO DA ARTE DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS

*Álvaro Borges de Oliveira*¹

*Marcos Leandro Maciel*²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto as teorias possessórias. Para tanto se analisou as teorias clássicas da posse de Savigny e Jhering e a partir daí buscou-se três outros autores os quais entendemos ter contribuído para o atual estado da arte da posse, a saber: Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gil.

ABSTRACT

The present article has the objective the possessory theories. For in such a way the classic theories of ownership of Savigny and Jhering were analyzed and from there one searched other three authors which we understand to have contributed for the current state of the art of the ownership, which are: Silvio Perozzi, Raymond Saleilles and Hernandez Gil

1 ESTADO DA ARTE

Temos discutido e muito a questão da posse e sempre que possível ventilamos na academia que em matéria de Direito a Posse encontra-se no ápice das disciplinas mais complexas, nesta esteira comungam José Carlos Moreira Alves³, Caio Mário da Silva Pereira⁴, Roberto Ruggiero⁵, Darcy Bessone⁶, Washinton de Barros Monteiro⁷ e Sílvio de Salvo Venosa⁸ só para citar alguns.

¹ Graduado e Mestre em Direito; Graduado em Ciência da Computação; Mestre e Doutor em Engenharia de Produção; Professor da Graduação das disciplinas: de Direito das Coisas e Informática Jurídica, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Professor do Mestrado da disciplina Propriedade como Princípio Constitucional, no Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI. *E-mail*: alvaro@univali.br.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Advogado. *E-mail*: marcosmaciel@univali.br.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 01.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1992. p. 13.

Dada esta complexidade há uma necessidade de se passar o conteúdo aos acadêmicos de uma forma diferenciada das demais disciplinas, daí propomos antes de entrarmos no conteúdo propriamente dito de Posse um entendimento da teoria possessória e sua evolução.

A Posse só apresentará seus nuances através das teorias que almejam explicá-la, teorias estas que apresentam justificativas diversas para proteção da posse, para os elementos que a compõe e para diferenciá-la da detenção, da propriedade e do domínio.

Na evolução do pensamento jurídico ocidental, diversos autores se dedicaram à apreciação deste objeto, contudo, sem desprezar a escalada científica havida nos três períodos do direito romano, no antigo direito germânico na idade média e no próprio direito canônico, prefere-se abordar as teorias elaboradas Rudolf von Jhering⁹ e a de Friedrich Carl von Savigny¹⁰ as quais mais influenciam a pensamento possessória atual.

Esses pensamentos possessórios deságuam nas teorias econômicas e sociais da posse, de Silvio Perozzi¹¹, de Raymond Saleilles¹² e a de Hernandez Gil^{13/14}, que visam superar, em parte, as ideias de Savigny e Jhering, ou adequá-las à contemporaneidade, tema ainda carente de atenção por parte dos manuais de Direito das Coisas.

2 A TEORIA 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 influndo no sistema de algumas codificações”¹⁵. 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

⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*, v.I. Madrid, 1929. p.779. *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume V. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25.

⁶ BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.42.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito Civil*, v. 3, *direito das coisas*. 37. ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. p.16.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. 2005. p.48.

⁹ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

¹⁰ SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la Possession em Droit Romain*. Trad. De Ljenri Staedtler. 7. ed. Paris: Auguste Durand, 1866.

¹¹ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di Diritto Romano*, Vol. I, 2. ed. Roma, Atheneum, 1928.

¹² SALEILLES, Raymond. *La Posesión: Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil Del Imperio Alemán*. Trad.: Navarro de Palencia, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1909.

¹³ GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión: (ensayo de teorización sociológico-jurídica)* Madrid: Alianza, 1969.

¹⁴ GIL, Antonio Hernández. *La posesión como institución jurídica y social*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19.

romanos¹⁶, sabendo-se, entretanto, que “várias das teses sustentadas por Savigny não são criações suas¹⁷”.

José Carlos Moreira Alves¹⁸ aponta que os elementos da teoria subjetiva já haviam sido traçados anteriormente¹⁹ por outro jurista: “em Donelo, sim, se acha exposta, com admirável clareza, a parte essencial da teoria de Savigny. Acentua Donelo que, para possuir, são necessários dois elementos: a *detentio* e o *animus domini*”.

Na concepção de Savigny 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 outrem²⁰”. Dois são os elementos que devem estar presentes para que se impute a alguém a qualidade de possuidor, um material, o *corpus*, e outro subjetivo, o *animus*.

Segundo Lafayette Rodrigues Pereira²¹, que adotava a teoria subjetiva, o *corpus*, “é o fato material que submete à vontade do homem e cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela, com exclusão de quem quer que seja²²”.

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*²³”.

A existência de tal elemento subjetivo é o que serviria para diferenciar o possuidor do mero detentor, “não basta a simples detenção. Torna-se preciso seja ela intencional. Para ser possuidor não basta deter a coisa, requer-se ainda a vontade de detê-la²⁴”. Seguindo este raciocínio, no usufruto ou no direito real de uso, por exemplo, não haveria relação possessória, pela ausência de intenção de ser dono (*animus domini*), acabando por desproteger possessorialmente esta situação jurídica.

O jurista alemão reconheceu o problema, que era incompatível com alguns textos romanos que faziam alusão a hipóteses o qual, mesmo sem o *animus domini*, existia posse²⁵. Para justificar tal efeito Savigny o explica como “posse derivada” que é aquela “que resulta da transferência, por parte do possuidor verdadeiro e originário, do *ius possessionis* ao que irá exercer o direito de propriedade em nome daquele²⁶”.

¹⁶ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 214.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 216.

¹⁹ Um dos motivos que contribuíram para o esquecimento das elaborações doutrinárias que precederam a sua obra, é mencionado por Moreira Alves: “O livro de Savigny, pelo método, pela clareza e pelo engenho ofuscou tudo o que, anteriormente, havia sido escrito sobre a posse” (ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997 p. 213).

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito Civil*. 2003. p. 16.

²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 34.

²² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 1943. p. 35.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 15.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito Civil*. 2003. p. 17.

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 212.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. p. 213.

Pretendia assim corrigir grave deficiência de sua teoria que de início causaria a ausência da tutela possessória àqueles que não exerciam a detenção com *animus*, assim explicava Lafayette²⁷ Posse sem intenção, pois “o credor pignoratício e o enfiteuta adquirem a posse da coisa empenhada ou aforada”, no entanto lhes falta à intenção de possuir a coisa como própria. O intuito da lei dizia Lafayette nestes casos evidentemente é resguardar os direitos do credor pignoratício, e os do enfiteuta, pondo a coisa em seu poder. Daí vem que a posse que se lhes reconhece, só lhes dá direito para invocar os interditos.

Seguidores de Savigny ainda tentaram dar ao elemento subjetivo um sentido mais amplo que “deixava de ser *animus domini* e *animus rem sibi habendi* (ânimo de proprietário, vontade de ter a coisa como sua) para transforma-se num *animus possendi* (vontade de possuir)”²⁸.

A mazela localizada dentro de sua teoria conduziu a certo descrédito pela mesma, analisando Rizzardo²⁹ explica que “admitindo-se a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre o ânimo exigido para a posse, e o ânimo do proprietário propriamente dito”.

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 triunfará³⁰”.

Os escritos de Jhering acabaram por conduzir a prevalência da sua teoria à daquele, todavia, conforme Moreira Alves³¹ é evidente “o extraordinário merecimento da obra de Savigny, não só pela análise das fontes romanas, mas também pelo tratamento global dado à matéria, com método novo, com clareza cristalina, com férrea coerência”.

Sobre a censura de Jhering às ideias de Savigny, traz-se à baila a opinião de Darcy Bessone³², 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”.

Ainda será explicitado que heranças da teoria Subjetiva constam, inclusive, nos atuais códigos civis.

²⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 1943. p. 58-59.

²⁸ WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Coisas*. 2006. p. 21.

³⁰ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 70.

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. p. 217.

³² BESSONE, Darcy. *Da posse*. 1996. p. 43.

3 A TEORIA DE JHERING

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, Jhering³³ 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”.

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.

É bom salientar que partes das ideias “inovadoras” expostas por Jhering não eram propriamente suas³⁴, assim como ocorreu com Savigny, segundo Naves³⁵ Jhering reconhece que a tendência de “estabelecer relação entre posse e propriedade já se encontrava em inúmeros outros autores, que se referiam às ideias de ‘exercício da propriedade’, propriedade ‘presumida’, propriedade ‘possível’ ou até mesmo ‘em começo’”.

Em que pese às diferenças, ambos buscaram seus fundamentos no Direito Romano³⁶, o pensamento Jhering, porém, teve influência de estudos mais recentes e do direito germânico medieval “acabando por imiscuir em sua teoria elementos de origem bárbara³⁷”.

³³ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 69.

³⁴ “Os dois pontos fundamentais da tese de Jhering então defendida – a posse é a aparência de um direito, e, juridicamente a proteção da posse é a defesa avançada, mais rápida e menos sólida do direito a ela correspondente – não eram originais, pois já ressaltavam da discussão que se travava entre os germanistas sobre a *Gewere*” (ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 224).

³⁵ NAVES, Lúcio Flávio de; *Posse e ações possessórias* (frente ao Novo Código Civil) – Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.

³⁶ “Como Savigny, Jhering anuncia que sua discussão é exclusivamente fundada no Direito romano. Pretendendo explicar a razão da proteção possessória encontrada nos textos romanos, que consistiam então em fonte de direito e que serviram como base para o trabalho doutrinário da pandectista.” (VARELA, Laura Beck. *A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 812).

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. p. 224.

A teoria restou batizada por seu próprio autor como objetiva³⁸, justamente por não privilegiar o elemento anímico antes em voga. Para ele, “tanto a posse quanto a detenção exigem *corpus* e o *animus*, não como elementos independentes, mas, sim, indissolúvelmente ligados [...]”³⁹, a diferenciação deveria repousar em um elemento objetivo. Advertia Jhering que, em geral, possuidor e detentor tinham a mesma intenção, e dizer-se que “alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica que, na hipótese, lhe negava”⁴⁰.

Portanto, ao contrário do que se possa crer inicialmente, Jhering não combatia a existência do *animus* em favor do *corpus*, “esses elementos, porém, não pode existir um sem o outro, ligados que estão intimamente como a palavra e o pensamento”⁴¹. O elemento psicológico está intrínseco tanto na detenção⁴² quanto na posse, nada mais é do que “a consciência de estar exercendo poder material sobre a coisa, consciência que inexiste havendo falta de vontade”⁴³.

Elucida Arnaldo Wald⁴⁴ “tanto na posse como na detenção existem a situação material (*corpus*) e a consciência ou voluntariedade, mas na detenção temos uma causa *detentionis* excludente da proteção possessória e oriunda de determinação legal”.

Nos dizeres de Moreira Alves⁴⁵ “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)”.

O reconhecimento da praticidade da aplicação da doutrina objetiva neste ponto, também foi observada pelo legislador que na construção do atual código civil preferiu seguir a orientação desta corrente, como já havia feito Beviláqua no *codex* de 1916⁴⁶ e, assim, dispõe no seu Artigo 1.198, *caput, in verbis*,

³⁸ “E, por ser objetivo o elemento distintivo delas (o fator negativo representado pela disposição de lei), à sua teoria denominou Jhering *teoria objetiva*” (ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro*. In Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência. Coord. Yusseff Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 04).

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 228.

⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 225.

⁴¹ ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro*. 1987. p. 03.

⁴² “Detenção, pois, para Jhering, é uma posse degradada: uma posse que, em virtude da lei, se avilta em relação à detenção” (ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro*. p. 04).

⁴³ WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 2002. p. 34.

⁴⁴ WALD, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 2002. p. 34.

⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro*. 1987. p. 03.

⁴⁶ Não obstante a redação do artigo 1.198 do atual código civil não ser idêntica à dada por seu predecessor no artigo 487, o conteúdo é o mesmo, Artigo 487. Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Conforme Moreira Alves: “Não há dúvida de que, quanto à distinção entre posse e detenção, o Código Civil brasileiro se orientou pela teoria objetiva” (ALVES, José Carlos Moreira. *A detenção no direito civil brasileiro*. 1987. p. 05).

Artigo 1.198. *Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*

Da mesma forma o Artigo 1.208:

Artigo 1.208. *Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade*

Interessante notar que, em Savigny, a detenção é a regra, pois, só se considera possuidor aquele que consegue demonstrar em sua apreensão um elemento subjetivo, o *animus*, já com Jhering a detenção é a exceção, pois, só não será possuidor o sujeito que se enquadrar em algumas das situações impostas pela lei consideradas como mera relação de detenção, onde se presume não existir o *animus*.

Na prática, também, acabava por resolver facilmente uma das grandes mazelas derivadas da adoção da teoria de Savigny, pois nesta, tratava-se como detentores aqueles que mereciam ser reconhecidos como legítimos possuidores. Arnaldo Rizzardo⁴⁷ aduz que daí compreender-se como possuidor aquele que, “na teoria de Savigny, era considerado mero detentor. São possuidores, portanto, o usufrutuário, o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário, o transportador, o administrador, o testamenteiro, entre outras pessoas que utilizam coisas alheias por força de um direito ou de uma obrigação”.

Malgrado a afirmação do autor, comentando a teoria objetiva, vale advertir que Jhering classificava a posse como um direito real⁴⁸, portanto, admitia que esta se desdobrasse como aparência de outro direito real (usufruto, por exemplo) por outro lado, afirmação de que uma obrigação legitimaria a posse, mostra-se um tanto quanto desconexa a partir de uma análise pura da teoria objetiva.

O *corpus*, também mereceu especial atenção de tal jurista, após lembrar que na teoria subjetiva aquele elemento se reflete como o exercício físico sobre a coisa, o contradiz afirmando “a posse não é o poder físico, mas a exterioridade da propriedade⁴⁹”. Arrematando, sustentar que existe um poder físico sobre as coisas no possuidor é “afirmar um absurdo tão diametralmente oposto à ideia que, segundo a linguagem gramatical, se tem da expressão poder, que até me parece escusado refutá-la⁵⁰”.

Em sua obra, pertinentemente nomeada como “Teoria Simplificada da Posse”, Jhering⁵¹ bem elucida sua ideia referente ao *corpus*, inclusive por meio de exemplos, a

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo, *Direito das Coisas*. 2006. p. 25.

⁴⁸ Alves, José Carlos Moreira. *Posse, vol. II, 1. Tomo estudo dogmático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 98.

⁴⁹ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 51.

⁵⁰ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 52.

⁵¹ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 56-57.

saber, que nos povos montanhese, a madeira utilizada para o fogo, cortada nos bosques, é atirada no rio; mais abaixo, prendem-na com represas e a carregam. Não há como falar aqui sobre a existência de um poder físico do proprietário e, mesmo assim, a relação possessória perdura. “E por quê? [...] a posição em que se acha a madeira que flutua é imposta por considerações econômicas e, neste caso, também todos sabem que não podem segui-la sem serem culpados de furto. Porém, o rio recebe em sua correnteza outros objetos como cadeiras, mesas etc”. Nesse outro caso, o homem do povo sabe que poderia retirar essas coisas da água e apropriar-se delas. sem por isso ser culpado de furto. “[...] Do ponto de vista econômico, a flutuação da madeira é um fato normal; a das cadeiras e mesas, anormal. No primeiro caso há posse; no segundo não. A posse reconhece-se assim exteriormente; os terceiros podem saber se a relação possessória é normal ou anormal”.

Assim sendo, o *corpus* não se prende a apenas uma característica, a material, havendo “dois elementos integrantes: o poder físico sobre a coisa e o interesse de utilizá-la economicamente, exercendo-se sobre ela⁵²”. Acerca do assunto Moreira Alves⁵³ explica que para Jhering, “sendo a posse a exteriorização ou a visibilidade da propriedade, o critério para verificação de sua existência é a maneira pela qual o proprietário exerce, de fato, sua propriedade, o que implica dizer que *corpus* é a relação de fato entre pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica, é o procedimento do possuidor, com referência a coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do domínio”.

A antítese lançada por Jhering à compreensão do *corpus* na teoria subjetiva, não pode ser tratada como despicenda de relevância prática, pois fundamenta com primazia como um possuidor pode permanecer com tal *status* mesmo sem estar naquele momento dispondo de sua ingerência física sobre a *res*.

Todavia, sua obra tratava a posse não de forma autônoma, e nada mais era do que a aparência da propriedade e quanto a tutela “a posse é a guarda avançada da propriedade⁵⁴”, ainda nas palavras do mestre alemão, “a proteção possessória aparece como um complemento indispensável da propriedade⁵⁵”.

Em Jhering, “a posse não encontra amparo em função de seu caráter autônomo, mas sim com o intuito de proteger-se a propriedade⁵⁶”. Lança-se, assim, aquele que viria a ser talvez o aspecto mais bombardeado desta teoria.

⁵² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. p. 23.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 223.

⁵⁴ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 36.

⁵⁵ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 32.

⁵⁶ VARELA, Laura Beck. *A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica*. 2002. p. 815.

4 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DA POSSE: PEROZZI, SALEILLES E HERNANDEZ GIL

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, segundo Gonçalves 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 [...]”⁵⁷.

Percorrendo tal rumo, destacou-se a teoria de **Raymond Saleilles**⁵⁸, que trouxe novos ares à teoria de Jhering impregnado-a com um caráter econômico, batizando sua reformulação como teoria da apropriação econômica. Para o jurista francês o *corpus* se manifesta como “uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo”⁵⁹.

O próprio Saleilles traça a distinção entre a sua tese das anteriores, primeiro, a de Jhering, que funda a posse na relação de exploração econômica; aqui todo detentor é possuidor, salvo exceção expressa da lei. A segunda, no extremo oposto, a teoria de Savigny, a teoria dominante, que funda a posse na relação de apropriação jurídica, e para quem não há possuidores senão os que pretendem a propriedade. Por fim a terceira coloca-se entre essas duas teorias, formando como que um grau intermediário, na teoria de Saleilles, que funda a posse na relação de apropriação econômica e declara possuidor aquele, sob o ponto de vista dos fatos, aparece como tendo um gozo independente e como aquele que, de todos os entre os quais existe uma relação de fato com a coisa, deva ser considerado, a justo título, como senhor de fato da coisa⁶⁰.

É importante salientar que a utilização econômica desta tese não se confunde com aquela apresentada por Jhering, para este a posse era condição à destinação econômica da propriedade, que por sua vez consistia no usar, fruir e consumir⁶¹.

Na opinião de Albuquerque⁶² em Saleilles a relação econômica não representa apenas um meio de incorporar o *corpus* à vontade interno, exteriorizado legalmente pela forma jurídica da propriedade, mas exige uma consciência social que se projeta exteriormente. Vindo a refletir no tocante à legitimidade da proteção à posse, não em homenagem ao direito de propriedade, mas, como um direito decorrente apenas da posse em si mesma.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direitos Civil Brasileiro*. 2006. p. 37.

⁵⁸ SALEILLES, Raymond. *La Posesión: Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil Del Imperio Alemán*. Trad. Navarro de Palencia, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1909.

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 236.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 238.

⁶¹ JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. 2005. p. 14-15.

⁶² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 2002. p. 131.

Nesta teoria os aspectos externos da posse ganham maior relevância para identificação do possuidor, quando substitui o elemento anímico individual pela consciência social, explica Albuquerque⁶³ que em Saleilles a posse assume uma importância maior do que aquela que lhe atribuíram Savigny ou Jhering. Para Saleilles, portanto, não se deduz a posse a partir da propriedade, ou esta é protegida somente para atuar como salva guarda de outro direito, o de propriedade. A posse, “refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda um ideal coletivo, segundo os costumes e opinião pública”.

Forte em seu trabalho é o escopo de conceder certa autonomia à situação possessória, refutando a compreensão que deve se proteger a posse por ser a guarda avançada do direito de propriedade, como apregoado pela doutrina objetiva, mas sim em razão da própria posse “porque ela representa os fins do ‘organismo social’, constituindo um vínculo econômico e social, decorrente de um estado normal do indivíduo na sua relação com a vida coletiva⁶⁴”.

Fernando Luso Soares⁶⁵ bem condensa o aspecto basilar da ideia de Saleilles, “a posse é a apropriação econômica das coisas, sem relação alguma com a possível existência de um direito sobre a coisa”.

Concernente a diferenciação entre possuidor e detentor também não se filia ao posicionamento de Jhering, que aduzia que tal distinção deveria ser pautada unicamente pela lei, em Saleilles “o critério para distinguir a posse da detenção é o de observação dos fatos sociais; há posse onde há relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica do possuidor⁶⁶”.

Deter a coisa, para Saleilles, “é exercer, sem dúvida, uma senhoria de fato, mas não uma destinação econômica. Possuir é realizar uma destinação econômica das coisas de acordo com sua destinação individual⁶⁷”.

Explica Saleilles que o “criado detém a coisa que seu amo lhe confiou, assim como aquele que hospeda um amigo detém os objetos que o hóspede trouxe consigo, mas nenhum deles, o criado ou o amigo, possui tais coisas, porque nenhum deles incorporou-as economicamente para um fim individual⁶⁸”.

O mérito alcançado na teoria exposta por Raymond Saleilles foi o libertar a posse do direito de propriedade, “restituindo a sua finalidade econômica e social

⁶³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 2002.p. 128-129.

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 2002. p. 130.

⁶⁵ SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*. In: RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1980. p. CXI.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 237.

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 239.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 2002. p. 128.

imane e dependente apenas dos costumes sociais e das diferentes relações jurídicas que unem o homem à coisa que explora⁶⁹”.

A mesma conclusão chega Fernando Luso Soares⁷⁰, ao afirmar que com “Saleilles está conquistada, enfim, a autonomia social e econômica da posse”. Lembrando que os fundamentos de sua teoria, por serem essencialmente sociológicos, “requerem o halo de uma inspiração mais profunda. E ela existe. Porém, Saleilles já chega para assustar muito boa gente”.

O italiano **Silvio Perozzi**⁷¹, já no raiar 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. Em que pese ter menor importância que os escritos de Savigny, Jhering e Saleilles, pretendem superar em parte a teoria subjetiva e objetiva.

Sua doutrina possui forte conteúdo sociológico inclusive ao perquirir as diferenças justificantes entre a posse e a propriedade. Perozzi defende que seria o corpo social, por si só, que garante a existência da posse, ao contrário da propriedade, que necessita de outros mecanismos, além da situação fática, para assegurá-la.

Luso Soares⁷² apresenta o argumento do jurista italiano à “propriedade depende social e juridicamente do Estado, enquanto com a posse isso de modo nenhum acontece. A propriedade existe porque o Estado quer [...]. Ao contrário, a posse depende do facto da própria abstenção de terceiros, por estes, costumeiramente observados”.

A teoria social da posse opõe-se as lições de Savigny e Jhering, Moreira Alves⁷³ aponta um exemplo de Silvio Perozzi onde o autor almeja revelar a distinção entre sua tese e as tradicionais, um homem que caminha por uma rua com um chapéu na cabeça. Segundo Savigny, tal indivíduo teria a posse sobre o chapéu, porque o tem sobre a cabeça, podendo tirá-lo dela e nela recolocá-lo, estando pronto a defender-se caso alguém tentar arrebatá-lo. Para Jhering, o sujeito seria considerado possuidor, porque aparenta ser o proprietário do chapéu. Por fim, com Perozzi, nesse caso existe posse pois, quem tem o chapéu na cabeça torna aparente que quer dispor dele só, e a sociedade, espontaneamente, se abstém de importuná-lo.

Como dito, os escritos de Perozzi tiveram menor influência que os de Savigny, Jhering e Saleilles, relegando, em sua doutrina, o caráter econômico deste instituto, assim, “a posse é, para Perozzi, um fenômeno social de gênese e natureza consuetudinária, um produto sociológico⁷⁴”.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 2002. p. 126-27.

⁷⁰ SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*. 1980. p. CXII.

⁷¹ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di Diritto Romano*, Vol. I, 2. ed. Roma, Atheneum, 1928.

⁷² SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*. 1980. p. XCVI/XCVII.

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse, vol. 1: evolução histórica*. 1997. p. 241-242.

⁷⁴ SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica*. 1980. p. XCVI.

Por sua vez, 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. Em 1969 lança sua obra denominada *La Función Social de la Posesión*⁷⁵, o título, pô si só, já acusa a importância de seus ensinamentos na busca de uma compreensão contemporânea do fenômeno possessório.

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, nas palavras do autor, “la regulación posesoria está muy ligada a la realidad social en un grado superior a la de los demás derechos [...]. A nuestro juicio, la posesión es la institución jurídica de maior densidad social”⁷⁶.

O reconhecimento de uma importância singular a posse conduz a um pensamento destinado a sua emancipação de outro instituto, a propriedade. Assim, Hernandez Gil se opõe aos fundamentos das teorias de Savigny e Jhering.

Não é difícil presumir o primeiro item a ser atacado, qual seja, a aceção de Jhering que a posse é a aparência da propriedade, d’outra banda também denuncia a Savigny a chaga de atrelar sua doutrina possessória à propriedade, o que já não se mostra tão aparente, porquanto nesta corrente se reconhece certa autonomia à posse, ao menos não se afirma que esta é uma exterioridade de outro direito. Contudo, o autor espanhol aponta que o pensamento dos juristas alemães, malgrado seguirem caminhos diversos, padecem da mesma moléstia.

Sobre a teoria Subjetiva Hernandez Gil⁷⁷, aduz que “para discernir cuándo existe una relación posesoria – y no mera tenencia – es indispensable querer ser propietario. La propiedad opera en un plano psicológico a modo de actitud o inclinación individual”. Deste modo, Savigny se socorre a propriedade para demonstrar a existência de relação possessória.

Por outro lado Jhering despreza a necessidade de um elemento volitivo, a intenção de querer ser proprietário, mas a ligação de seu pensamento com a propriedade é, notadamente, mais evidente, pois apresenta este direito como “la *ratio* de las normas protectoras. La propiedad está siempre en la base. Y se manifiesta, bien en profundidad, como título, o bien en la superficie, como posesión”⁷⁸.

Para manter fidelidade à ideia de Hernandez Gil, esboçada acima, sem correr o perigo de distorcê-la, transcreve-se uma breve síntese feita pelo próprio autor, oriunda de parte de sua análise sobre as teorias objetiva e subjetiva.

La propiedad es, por ello, el punto de contacto entre ambas teorías. Aunque se presenten como antagónicas, hay entre las mismas una conexión. Sin embargo, la conexión no quiere decir coincidencia porque las funciones asignadas al mismo concepto son divergentes. Savigny acude a la propiedad como guía pra el

⁷⁵ GIL, Antonio Hernández. *La Función Social de la Posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969.

⁷⁶ GIL, Antonio Hernández. *La Posesion*. Madrid: Civitas / SA, 1980. p. 52.

⁷⁷ GIL, Antonio Hernández. *La Posesion*. 1980. p. 72.

⁷⁸ GIL, Antonio Hernández. *La Posesion*. 1980. p. 72.

*descubrimiento de los poseedores; la sitúa en el supuesto descriptivo de la norma para verla reencarnada en el portador del **animus**. Jhering hace descansar sobre ella todo el régimen jurídico posesorio. No inquiera, ciertamente, el factor dominical, pero lo da por supuesto. [...] Por eso las dos teorías recales adolecen de la misma quiebra: la necesidad de la propiedad para entender la posesión cuando está es una institución socialmente primaria, antepuesta⁷⁹.*

Ao percorrer sobre a Função Social da Posse, Hernandez Gil volta a criticar a posição em que é colocada a posse em relação à propriedade, para tanto argumenta, inclusive, que aquele instituto precede este último, e representa uma necessidade básica de apropriação⁸⁰. Em suas palavras:

El fenómeno humano y social del uso y la utilización de las cosas es anterior a la institucionalización que representa la propiedad privada. Podría no ser todavía ese uso primario e inevitable lo que llamamos posesión. Sin embargo, está más cerca de ella que la propiedad. Mientras la propiedad privada viene determinada por un considerable número de factores de la estructura socioeconómica y política que la hacen variable en su contenido, en la posesión hay lo que he llamado en otras ocasiones una densidad social primaria presente en cualquier sistema de convivencia⁸¹.

Note-se que, neste instante, o pensamento de Hernandez Gil também se presta a anunciar a proximidade com a terceira e última etapa do presente trabalho, abrindo as portas para o epicentro deste estudo. Age como uma nota de tensão clamando por ouf que lhe proporcione um adequado repouso. Mas, vale alertar que dificilmente is ocorrerá, aliás, nem é o que se persegue. Demonstrar, na presente matéria, a cacofon existente entre o que é, por vezes, posto como dogma e a realidade social e jurídica brasileira já será o suficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou abordar as principais teorias possessórias, inclusive as contemporâneas, ou sociais, que concedem importância singular ao instituto em análise, ressaltando seu caráter autônomo. E, embora as teorias subjetiva e objetiva, formuladas respectivamente por Savigny e Jhering, orientarem a legislação destinada à matéria, com a predominância da corrente objetiva, e por vezes serem as únicas citadas pelos manuais, não há como afirmar que estas proporcionam uma perfeita compreensão do fenômeno possessório na atualidade.

⁷⁹ GIL, Antonio Hernández. *La Posesion*. 1980. p. 72.

⁸⁰ Fernando Luso Soares, atento aos ensinamentos de Hernandez Gil, segue a mesma trilha: “Incorporar antes, em si, algo social, juridicamente primário, que não começa com a propriedade. O facto humano da utilização das coisas é ontológica e nosealógicamente anterior à forma de consciência e à institucionalização que a propriedade privada representa.” (SOARES, Fernando Luso. *Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica*. 1980. p. LXIX).

⁸¹ GIL, Antonio Hernández. *La Posesion*. 1980. p. 38-39.

Portanto, entende-se que para melhor aplicação dos escritos de Savigny e Jhering, há de se compreender o momento histórico em que se arquitetaram e, que hoje, são apenas algumas das teses destinadas à matéria, sendo adequado que o jurista não olvide das teorias sociais de Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil.