

POSSE DE DIREITOS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE OS DEBATES- CHAVES PREGRESSOS DO INSTITUTO (IM)POSSÍVEL

Caio Pryl Ocke¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo principal analisar um provável conceito do instituto da posse de direitos, sua importância e possibilidade/impossibilidade. Para isso, foram escolhidos três momentos-chaves de debates sobre este instituto: a discussão teórica de Savigny e Ihering sobre o tema no contexto alemão, o debate de Rui Barbosa com os negadores da tese na época do nascedouro da Primeira República brasileira em momento anterior à primeira codificação civil e, ao fim, as polêmicas sobre a possibilidade ou não do instituto e até o sentido das palavras da legislação, em especial os parágrafos únicos sobre posse presentes no art. 520 e no art. 524 do Código Civil de 1916 até o fim de sua vigência. Ao fim do trabalho, concluímos que o conceito da posse de direitos, apesar de ser deveras complicado, teve grande importância histórica e foi considerado possível por um longo período, sendo utilizado para defesa de direitos que originalmente não seriam defendidos e fazendo nascer institutos jurídicos atuais.

Palavras-chave: Posse; Posse de direitos; Rudolf von Ihering; Rui Barbosa; Direitos reais.

Abstract: The main purpose of this paper is to analyze a probable concept of the institute of possession of rights, its importance and possibility/impossibility. For this, three key moments of debates about this institute were chosen: the theoretical discussion of Savigny and Ihering on the subject in the German context, the debate of Rui Barbosa with the thesis deniers at the time of the birth of the First Brazilian Republic at an earlier time to the first civil codification and, at the end, the controversies about the possibility or not of the institute and even the meaning of the words of the legislation, in particular the unique paragraphs on possession present in art. 520 and in art. 524 of the Civil Code of 1916 until the end of its validity. At the end of the work, we concluded that the concept of the possession of rights, despite being very complicated, had great historical importance and was considered possible for a long period, being used to defend rights that originally would not be defended and giving rise to current legal institutes.

Keywords: Possession; Possession of rights; Rudolf von Ihering; Rui Barbosa; Rights in real estate.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduado em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa "Conversas Civilísticas" da UFBA. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A posse de direitos sempre foi tema de polêmica junto às discussões de teorias da posse. Alguns autores a tratam como total impossibilidade, enquanto outros debatem seus limites e amplitudes. De toda maneira, apesar das polêmicas de sua possibilidade, tem-se notado certa injustiça por parte de doutrinadores modernos em tratar rasamente tal tipo de posse com certa superficialidade ou então total impossibilidade, sem, ao menos, aprofundar-se nos debates históricos do conceito e suas diversas transformações ao longo do tempo.

Este trabalho tem exatamente esta função: resgatar o que foi debatido ao entorno da posse de direitos em momentos-chaves de forma a, se possível, esboçar um conceito de posse de direitos e realçar sua possibilidade/impossibilidade e importância ao longo de tais momentos. Foram escolhidos três momentos a permear este trabalho, que acabaram por culminar também numa divisão de três partes: (a) discussão teórica de Savigny e Ihering sobre o tema no contexto alemão; (b) o debate de Rui Barbosa com os negadores da tese na época do nascedouro da Primeira República brasileira em momento anterior a primeira codificação civil; e (c) as polêmicas sobre a possibilidade ou não do instituto e até o sentido das palavras da legislação, em especial os parágrafos únicos sobre posse presentes no art. 520 e no art. 524 do Código Civil de 1916 até o fim de sua vigência. Não se optou pelo debate em torno da codificação de 2002, pois, como se verá já na codificação anterior, no momento imediatamente anterior à sua vigência, o debate encontrava-se minguante, sem quase nenhuma expressão na comunidade jurídica, ao passo que, com a mudança do código, tornou-se completamente obsoleto, não justificando a abertura de novo tópico neste trabalho para expor um diálogo que não mais existia.

2 EXTERIORIDADE COMO CONDIÇÃO À POSSE NA TEORIA DE IHERING: POSSE DE DIREITOS COMO EXPECTATIVA DE DIREITOS E DECISÃO PROVISÓRIA?

Apesar das diversas conceituações que foram sendo construídas sobre a posse

ao longo dos estudos seculares (em especial no direito romano²), é na teoria de Ihering que se encontra a maior lapidação e esmero para definir com precisão o que seria então a posse.

Para compreender seu conceito, há que se retornar ao seu antecessor, Savigny, que, lente da conhecida Escola Histórica do Direito (BOBBIO, 1995a), estabeleceu duas condições essenciais à posse: *animus domini* e o *corpus*. Por *animus domini* ele entende como a vontade ou intenção do sujeito de ter a coisa tal como se sua fosse, enquanto que por *corpus* seria a capacidade física de ter a coisa como sua – o efetivo contato. Sendo assim, tendo estes dois elementos, o direito lhe garantiria proteção suficiente contra qualquer invasor, desde que sua proteção legal fosse maior que a dele, o que, por vezes, não seria o caso, tal como quando se litiga em face do real proprietário. Tal teoria teve duas grandes críticas: a questão da transferência provisória da posse (credores pignoratícios, locatários e demais casos) e os bens de impossível contato físico constante. Em vistas de solucionar a primeira questão, Savigny foi superficial, alegando que seria possível a transferência de posse para um terceiro que a exerceria sem *animus domini*, porém ela deveria estar prevista em lei (MIRANDA, 2003); além disso, o detentor da posse não poderia defendê-la de invasores, devendo recorrer ao verdadeiro possuidor para tanto (GOMES, 2001). No tocante à posse de terras e de outros bens que podem ser deixados sem o contato físico permanente – já que, apesar do *animus* poder estar sempre presente, o *corpus* é impossível de se manter constante –, Savigny defende que a lesão quanto ao *corpus* apenas ocorre quando o possuidor toma conhecimento de que existe um terceiro buscando cessar-lhe a posse (POSNER, 2000). Ora, podemos resumir tal teoria da posse como uma teoria de Savigny, mas também um resumo e aperfeiçoamento do que foi a teoria romana da posse.

De outro lado, Rudolf von Ihering via problemas na teoria de seu conterrâneo. Para ele, entender o *animus* como requisito para a constituição da posse restringiria

² Há que se realizar uma necessária ressalva a este trabalho: não haverá preocupação da análise e precisão de como a posse e suas peculiaridades eram tratadas no direito romano, pois tal tarefa é impossível. Isto decorre do fato de que muitos estudiosos do direito romano, ainda dentro do período da Roma antiga, estudaram conceitos e institutos discutidos séculos antes, o que comprometeu a solidez dos conceitos e deu vazão a uma vagueza desproporcional, levando o direito romano a ser aplicável em qualquer sociedade exatamente por esta questão, sua vagueza (HESPANHA, 2012). Com o instituto da posse não foi diferente; antes de Savigny já existiam mais de 70 teorias diferentes para explicar a posse naquele direito (GOMES, 2001), o que demonstra a dificuldade de conceituação e a impossibilidade de se fazê-lo neste trabalho. Assim, o que será feito é uma análise das interpretações dos estudiosos do direito romano, os quais criaram conceitos e conclusões muito próprias e suas.

demasiadamente os casos que factualmente ocorrem e que ainda assim se constituem como posse. O que importa, diz o alemão, é a exterioridade, o uso da coisa tal como se dono aparentasse ser, a manifestação real da vontade de dono (IHERING, 2005). Além disso, o *corpus*, definido anteriormente como requisito para posse, também é descabido, pois existem certos objetos que não podem ser mantidos sempre ao lado do possuidor (os animais, as plantas e outros bens móveis/semoventes), mas, a despeito disto, ele os possui. Com isso, não é o contato físico ou as amarras do corpo que garantem a posse, mas sim, mais uma vez, a exteriorização da coisa tal como sua numa situação normal – é ela que cria o substrato jurídico apto a impedir que a posse seja expropriada por terceiros (IHERING, 2005). Pode-se dizer, portanto, que a teoria unifica o *animus* com o *corpus*.

Para diferenciar situações normais, em que há uma defesa da posse, e as anormais, em que a defesa é dificultada, Ihering nos fornece o exemplo dos lenhadores que cortam seus troncos no alto da montanha e o jogam ao curso do rio para que seus assistentes os peguem na foz. Caso um terceiro da região passe e veja o tronco cortado, entenderá que se trata de um tronco de lenhador, uma situação normal do cotidiano, e caso o pegue será um ladrão; de outro modo, um terceiro que vê uma cadeira ao córrego do rio sem nenhuma pessoa por perto, verá uma situação anormal e provável de objeto abandonado, podendo resgatá-la sem que haja uma defesa jurídica da posse do dono anterior do objeto (IHERING, 2005). Dessa maneira, é seguro dizer que o conceito de posse empregado por Ihering tem uma forte ligação para com a percepção dos terceiros perante a posse do autor.

A evolução dessa teoria, que conseguiu abarcar quase que a totalidade das situações fáticas atinentes à posse, fez com que ela fosse abraçada pelo primeiro Código Civil brasileiro, o de 1916, tendo a melhor conceituação já vista naquela época dentre os demais países ocidentais, pois abstraiu o conceito de *animus* e *corpus* da posse, aderindo, portanto, à teoria de Ihering (MIRANDA, 2003).

Já ao fim de seu livro *Teoria simplificada da posse*, Ihering (2005) trata do tema que é de nosso interesse, a possibilidade da posse de direitos. Para estudiosos da teoria objetiva de Ihering, sua conclusão na possibilidade de tal espécie de posse decorre do levar os fundamentos de sua teoria às últimas consequências (GOMES, 2001). Para Ihering, a posse de direitos seria possível, em primeiro passo, pois o instituto já existiria no direito romano através da posse dos direitos de usufruto, uso, gozo, servidão e superfície (IHERING, 2005). Nesse instituto, pode o possuidor

(aquele que exterioriza um mero direito de servidão de passagem, por exemplo) exercê-lo perante terceiros, pois o direito deve sempre garantir a proteção jurídica ao “dono” da exterioridade. O direito romano busca proteger sempre o proprietário do direito, porém, um efeito indesejado e necessário é proteger também aquele que aparenta ter o direito, o possuidor, sob pena de restringir toda a esfera jurídica de proteção ao seu exercício pleno daquele. Não haveria prejuízo ao proprietário, diz o alemão, pois ele é o único autorizado a fazer cessar o exercício provisório do direito por um mero possuidor. Além disso, pouco importa que o direito efetivamente exista, pois da mesma forma que o possuidor da terra adentra ela sem saber a verdadeira natureza da propriedade ou quem seria o seu dono, também o possuidor do direito se apossa da exterioridade sem saber ao certo todos os seus contornos (IHERING, 2005).

Diante de tal lógica, Ihering conclui que, levando ao extremo os fundamentos de sua obra, diante da exterioridade do exercício de um direito, a posse de direitos é uma pretensão de direitos, uma mera expectativa de exercer futuramente um direito pleno ou contemporaneamente uma parcela menor deste (IHERING, 2005). Ele admite ainda que a posse de direitos pode ser derivada do provimento provisório do magistrado que acudir o pleito do possuidor do direito até a decisão final, ensaiando que entende que a posse de direitos é também a concessão provisória do direito por respaldo judicial que lhe garante a legitimidade do uso (IHERING, 2005).

Chega-se a falar que haveria uma má-interpretação do texto de Ihering pelos seus estudiosos, pois ele teria limitado a posse de direitos apenas aos direitos pessoais aferíveis economicamente, obrigacionais, ligados a uma coisa corpórea, ou então estaria ele confundindo a posse com o exercício de todo e qualquer direito, o que realmente possibilitaria haver posse de qualquer direito (GOMES, 2001). Difícil compactuar com tal assertiva – da eventual confusão dos intérpretes de Ihering –, pois o próprio autor utiliza exemplos de quase posse de direitos intangíveis, como, por exemplo, quando diz que:

Respondendo a esta ideia é como, ainda em caso de oposição à validade do matrimônio ou da legitimidade de um filho, se concedia uma ação para proteger a quase posse da qualidade de esposo ou de filho; mais ainda, seguindo esse caminho, o direito aos títulos de nobreza, e até o título de douto, chegaram a ser objeto da quase posse (IHERING, 2005, p. 87-88).

Parece muito mais correto, portanto, acompanhar a observação de Ihering, quando este diz que o importante é a operacionalização do instituto e não o seu nome, o que será discutido adiante.

De toda maneira, em conclusão parcial, pode-se dizer que o aceite completo à teoria objetiva de Ihering – exterioridade como elemento característico da posse – leva, invariavelmente, o estudioso a aceitar a posse de direitos. E, aceitando a posse de direitos, deve entendê-la no aspecto da expectativa de direito e/ou no provimento judicial provisório, independente do nome que seja dado.

3 RUI BARBOSA E A QUEBRA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO: POSSE DE DIREITOS COMO QUALQUER DIREITO?

No alvorecer da Primeira República brasileira, Rui Barbosa, famoso juriconsulto à época, promoveu a defesa de diversos professores públicos que foram usurpados em seu direito perante o poder público. Tal postulação judicial foi compilada e conhecida como obra em livro denominada *Posse de direitos pessoais*. Através de tal obra, é possível ver a defesa extrema de Rui Barbosa à posse de direitos pela teoria objetiva de Ihering (GOMES, 2001), mas, principalmente, por outros fatores não explorados pelos juristas da época, como o direito canônico.

O caso concreto analisado com patrocínio de Rui Barbosa tratava de diversos professores (lentes) da Escola Politécnica que haviam sido suspensos por três meses, sem vencimentos, por certas críticas à administração da instituição. Contra o ato, o baiano, fervoroso defensor da possibilidade da posse de direitos pessoais, adentrou com um interdito possessório buscando o “retorno” do direito pessoal que havia sido “retirado” dos professores. Para Barbosa, os dispositivos legais nacionais da época autorizariam o interdito de direitos pessoais com vinculação patrimonial ou não (BARBOSA, 1976). Correia Telles, doutrinador que Barbosa muito estimava, também admitia o uso da posse para quaisquer coisas, patrimoniais ou não, corpóreas ou incorpóreas, incluindo direitos em abstrato (TELLES, 1865). A única restrição ao interdito seria a aplicação do *jus imperii*, o que se conhece hoje por ato discricionário, pois não haveria como deturpar a esfera de vontade da ordem política do poder público. Todas essas conclusões se confirmariam ainda mais quando Barbosa amoldou sua teoria ao exposto por Ihering, que delimita como condição da posse a exterioridade (IHERING, 2005). Assim, qualquer direito é exteriorizável; logo, qualquer

direito é suscetível de posse.

Há uma inspiração clara e confessa no *writ of mandamus* inglês, que, em seu primeiro *leading case* moderno de 1762 (HOWELL, 1985), trata da violação do direito como uma violação da posse do direito (*possession of right*), em que o jurisdicionado busca a corte por ter sido desapossado de um direito que possuía ou deveria legalmente possuir (ENGLAND, 1762), compactuando, de certa forma, com a tese da possibilidade de uma posse de direitos.

A questão então se estendeu ao conceito de coisa previsto nas Ordenações Filipinas³. Os críticos da época se centralizaram na teoria de Savigny, que repele o uso da posse a bens não corpóreos ou direitos. Barbosa se defende de muitos críticos desta teoria ao dizer que a possibilidade de tal posse decorreu não do direito romano, mas sim da sua junção com o direito canônico, profundo influenciador das leis portuguesas, ainda vigentes no Brasil na época da discussão. Enquanto os romanos entendiam a posse gerada através do solo, a Igreja compreendia que a posse deveria ser gerada através da jurisdição da Igreja sobre a área, possibilitando, assim, a posse do direito do dízimo, da aduana e tantos outros direitos (BARBOSA, 1976). Isso ocorria porque o direito canônico criava uma íntima relação entre o cargo/função que a pessoa ocupava e sua ingerência sobre determinada área ou bens (DANTAS, 1979). A influência do direito canônico era tanta que diversos julgamentos portugueses admitiam e concediam pleitos de posse de direitos entre particulares ou entre particulares e o poder público (BARBOSA, 1976). Além disso, o conceito de coisa apenas foi limitado à primeira vez em solo nacional a objetos corpóreos de valor econômico com a proposta de codificação de Teixeira de Freitas (1983); antes disso, todas as demais legislações, especialmente as Ordenações Filipinas (com precedentes judiciais lusitanos), não faziam distinção da coisa entre objetos corpóreos e incorpóreos, inclusive direitos, ao contrário do que buscavam seus críticos, bem como o Código Civil português, que é a continuação lógica das Ordenações naquele país no século XIX, o qual expressamente previa a possibilidade da posse de direitos⁴

³ Na passagem mais citada por Rui Barbosa ao longo de seus argumentos, as Ordenações Filipinas diziam que, "(...) se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe quera sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à ele as suas cousas do outros, que o quiser offender, a qual segurança que o Juiz dará (...)" (Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2021).

⁴ O Código Civil português, citado por Rui Barbosa, denominava a posse, em seu Art. 474, como a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito (BARBOSA, 1976). O jurista baiano também traz exemplos de outros códigos com o mesmo dispositivo, como o holandês, o italiano, o francês, o chileno, alguns alemães e o russo.

(BARBOSA, 1976).

Admitir que não é possível a posse de direitos é fazer com que se quebre um círculo de progresso que começou no direito romano, perpassando pela sua conjugação com o direito canônico e precedentes lusitanos até desaguar no direito brasileiro, tudo por conta de uma teoria alemã que se tornou famosa por não admitir o instituto, tendo em vista que apreende diretamente do direito romano, ignorando todo e qualquer desenvolvimento promovido ao longo dos anos.

Um dos argumentos mais fortes trazidos por Barbosa para defender seu ponto de vista gira em torno da posse da liberdade, alegada por muitos escravizados para concessão de sua alforria, documentalmente comprovada na jurisprudência da época escravagista (PAES, 2016), que foi utilizada largamente, sem respaldo legal, e aceita por muitos tribunais a ponto de ser um consenso na época imperial (BARBOSA, 1976). Pode-se dizer que, possivelmente – apesar de não termos comprovação documental –, muitos dos doutrinadores brasileiros contrários à tese originavam sua resistência a partir do revés que isso causaria nos tribunais a favor do movimento abolicionista daquela época.

Em que pese as mais variadas críticas à problemática do direito brasileiro daquela época (ANZOÁTEGUI, 1999) e o marginalismo intelectual e jurídico (VIANA, 1999) que Rui Barbosa e tantos outros trouxeram ao direito brasileiro, ainda é possível afirmar que suas contribuições ao debate sobre a posse de direitos demonstram um ponto fora da curva: critica-se a quebra do desenvolvimento do instituto através da máxima adesão ao direito romano, apesar de ainda se basear e prestigiar demasiadamente os autores portugueses, os quais inevitavelmente auxiliaram na construção dogmática brasileira daquele tempo.

Em verdade, analisando o conflito sob a ótica atual, os juristas daquela época, sem qualquer tipo de respaldo legal e contrariamente aos precedentes lusitanos, baseados numa teoria alemã alienígena – que extraiu conceitos diretos do direito romano por questões históricas próprias do local (BOBBIO, 1995a) e foi lida de uma maneira deturpada por muitos (REIS, 2015) –, começam a construir um pensamento limitador de institutos legais construídos historicamente para proteger direitos pessoais ameaçados de lesão. Tal conduta se assemelha muito ao que se vê contemporaneamente com o bacharelismo do ramo jurídico (KOZIMA, 2006), em que se relega até a coerência mais rudimentar no sentido dworkiniano (DWORKIN, 1999) para dar lugar a uma retórica vazia. Os argumentos de Rui Barbosa não poderiam

estar mais corretos; a defesa dos direitos pessoais, ainda não conhecidos como fundamentais, deveria ocorrer de alguma maneira, e o instituto da posse, com a legislação e os precedentes existentes, dava amplitude para sua utilização, o que foi feito na questão da libertação judicial de escravizados. Era a solução possível e viável que, posteriormente, seria superada – de início, pelo *habeas corpus*; depois, pelo mandado de segurança em 1934.

Seguindo o debate promovido por Rui Barbosa na época, concluímos parcialmente que o instituto da posse de direitos foi largamente utilizado nos tribunais portugueses na sua aplicação das Ordenações Filipinas e se derivou do desenvolvimento do direito canônico, que já o aceitava, com os institutos antigos do direito romano, bem como da sua reiterada aplicação nacional para a liberação de escravizados e da inspiração do *writ of mandamus* inglês, que também aceitava a posse de direitos. Muitos juristas brasileiros foram contrários à proposta, pois se encontravam embebidos na teoria de Savigny, derivada diretamente do direito romano, que vinculava a posse ao solo, o que quebra todo o desenvolvimento próprio do instituto. Todavia, Barbosa adere e leva ao extremo a teoria de Ihering, que afasta os dois conceitos principais de Savigny, fazendo com que haja, assim, a posse de todo e qualquer direito.

4 A DISCUSSÃO SOBRE A POSSE DE DIREITOS NOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DO ART. 520 E DO ART. 524 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Por mais que o debate realizado por Rui Barbosa e tantos outros tenha sido frutífero a ponto de chegarem a tomar conclusões solidas sobre a temática devemos lembrar que ele foi realizado em um momento de pré-codificação. O Brasil ainda se encontrava na vigência das Ordenações Filipinas, o que lhe retirava grande autonomia legislativa para atender às peculiaridades de suas relações jurídicas. Assim, em 1916, é aprovado o primeiro Código Civil brasileiro, que teve a missão de normatizar todas as discussões doutrinárias acerca de vários institutos – dentre eles, a posse.

O código não foi isento de críticas e apontamento de falhas – havia uma demasiada preocupação com o seio familiar, um privatismo doméstico exacerbado, enquanto que outras questões jurídicas foram postas de lado ou regulamentadas ainda nos costumes tradicionais, sem pensar no futuro, tal como a excessiva proteção

ao vendedor do bem imóvel. De outro lado, avançou em outros aspectos, extirpando a complicada legislação portuguesa, já nem mais utilizada na antiga metrópole, e implementou institutos modernos criados poucos anos antes, o que acabou também provocando um deslocamento das suas ideias com a realidade local (GOMES, 2003). A partir desse ponto – a vigência do Código Civil brasileiro –, pode-se entrar na discussão sobre se haveria ou não posse de direitos no novo ordenamento jurídico civil nacional.

Ao contrário do Código Civil português, o brasileiro preferiu conceituar o possuidor ao invés da posse, subdividindo o conceito entre domínio e propriedade⁵. Tal divisão ocorreu por insistência de Rui Barbosa, legislador à época, que conseguiu incluir o termo “ou propriedade”, o que fez com que se criasse uma discussão doutrinária sobre o que significaria domínio, já que ele estaria à parte da propriedade, apesar de serem termos sinônimos no direito romano (RESENDE, 2000). O domínio seria o exercício dos poderes da propriedade da coisa corpórea; a propriedade, num sentido amplo, englobaria outros direitos reais ou pessoais de cunho patrimonial – o que subverteu o conceito de posse do direito clássico romano e permitiu a possibilidade de posse de direitos (DANTAS, 1979).

Vários foram aqueles que apontaram que o código contemplou a teoria objetiva de Ihering (GOMES, 2001), com destaque para a manifestação de Beviláqua (RESENDE, 2000), apesar de que, para afirmarmos tal conclusão, o artigo legal precisaria ser complementado com o seguinte texto: aquele que exerce o domínio/propriedade necessariamente deve estar aparecendo para terceiros como verdadeiro proprietário. Todavia, contrariamente a tal texto, a teoria de Savigny também está presente no código, quando diz que a aquisição da posse ocorre com a apreensão da coisa⁶ – elemento do *corpus* da teoria subjetiva, não presente na objetiva. Assim, parece mais correto afirmar que o código não elencou qualquer uma das teorias, mas sim um complexo e dificultoso misto entre as duas, o que impede que se utilize as teorias em abstrato, especialmente a subjetiva, que nega para afastar a possibilidade de uma posse de direitos no código.

Analisando dogmaticamente o artigo através de uma análise abstrata, isenta de partidos e atenta à coerência do sistema (ATIENZA, 2013), verificamos que ele

⁵ “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” (BRASIL, 1916).

⁶ “Art. 493. Adquire-se a posse: I - Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito (...)” (BRASIL, 1916).

escolhe a forma de posse possível na legislação quando institui que a posse é o exercício do domínio ou da propriedade e, subsequentemente, determina que propriedade é uso e disposição de bens⁷. Recaindo na próxima camada de interpretação, salientamos que não há explicitamente, no código, a determinação de que bens seriam sempre corpóreos. Toda a regulação de bens, porém, traz características corpóreas (imóvel/móvel, fungível/infungível, divisível/indivisível e singular/coletivo); dessa maneira, houve também uma escolha implícita por determinar que bens sempre seriam corpóreos.

Ocorre que, quando menciona as formas de aquisição de posse, o próprio código diz que poderá ocorrer quando da apreensão da coisa ou do exercício do direito; tais palavras foram completamente desvirtuadas por Beviláqua na análise do instituto, forçando, sem motivos, a compreensão para uma posse apenas de bens corpóreos ao dizer que o “direitos” do inciso se trata do direito de posse, no que lemos: “Diz o código, no mesmo inciso I, que a posse do direito se adquire pelo exercício deste; mas o exercício do direito já é a posse. Nada adianta essa indicação da lei” (BEVILÁQUA, 2003, p. 53).

Não parece correto que se interprete illogicamente o artigo para justificar o descarte de suas palavras expressas, ao invés de interpretá-lo da melhor e mais lógica maneira e chegar à conclusão de que a aquisição de posse pelo exercício do direito apenas pode decorrer da posse de direitos. Beviláqua estende seus argumentos à retórica, ao invés da crítica racional, o que não é recomendado em um estudo dogmático (ATIENZA, 2013), possivelmente pela sua vacilação em qual posição adotar (GOMES, 2001). Em outras passagens do código, é possível notar a menção a direitos quando se trata da posse⁸.

Para aumentar a tensão sobre a existência ou não da posse de direitos, dois parágrafos foram introduzidos no código e provocaram discussões que perduraram até o fim de sua vigência. São eles o parágrafo único do art. 520, que fala sobre a perda da posse de direitos, quando impossíveis de exercer ou não exercidos no tempo determinado, e o parágrafo único do art. 524, que regula a propriedade literária,

⁷ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (...)” (BRASIL, 1916).

⁸ Para citamos alguns exemplos elucidativos, o art. 488 – “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros com possuidores” (BRASIL, 1916) – e o art. 490 – “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído” (BRASIL, 1916).

científica e artística, portanto, bens incorpóreos. Ambos quebram a coerência do instituto da posse do sistema do código como um todo, o que precisa ser sanado para restaurar o equilíbrio do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995b).

4.1 Parágrafo único do art. 520: posse de direitos como possibilidade legal?

A análise dos trabalhos de Beviláqua, principal autor do projeto que levou à constituição do código civil, nos leva à constatação de que ele compreende a posse como sendo sempre de bens corpóreos, pois esta foi a escolha do código (BEVILÁQUA, 2003). Ocorre que, em complementação à aquisição da posse de direitos, também foi introduzido, na disposição sobre a perda da posse, um elemento da posse de direitos – o parágrafo único do art. 520⁹. Sendo assim, iniciou-se um debate doutrinário acerca de qual seria o entendimento correto sobre a frase “perde-se a posse dos direitos”: estaria ela autorizando a posse de direitos e demonstrando como perdê-los ou haveria uma outra interpretação?

Inicialmente, de forma a adentrar na discussão, há que se estabelecer a clássica distinção entre direitos reais e pessoais, pois os autores divergem do que seriam os “direitos” mencionados nos dispositivos. Na teoria clássica, os direitos reais são aqueles que exercem poder sobre uma coisa, e os pessoais são aqueles relativos a uma relação jurídica. Todavia, há direitos reais que não exercem poder sobre coisa alguma, como as garantias e as servidões negativas, e há direitos pessoais que exercem poder sobre alguma coisa, como a locação e o comodato. Assim, a melhor forma de se definir um direito real é aquela em que o legislador diz o que é direito real – o princípio da tipicidade – para, por exclusão, chegarmos aos direitos pessoais ou obrigacionais (GOMES, 2001). Há ainda a discussão pertinente de que o Código Civil de 1916 não promoveu sequer a tipicidade dos direitos reais, pois, pela ótica da vontade do legislador (FERRAZ JÚNIOR, 2013), no manuscrito de Beviláqua encaminhado à apreciação da comissão legislativa, haveria a frase “somente são direitos reais, além da propriedade”, a qual constaria no art. 674 daquele código. Todavia, a redação original acabou sendo “são direitos reais, além da propriedade”, demonstrando que não se pretendia fazer uma restrição aos direitos reais possíveis

⁹ “Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem” (BRASIL, 1916).

no ordenamento jurídico (FURTADO, 2020).

Retomando a questão do parágrafo único, percebemos que Beviláqua entende que os direitos mencionados seriam os direitos reais. Na parte em que menciona a posse, a qual seria um exercício do direito de propriedade tal como dito pelo código, haveria uma exceção à posse exclusiva da propriedade, que também poderia ser dos demais direitos reais (BEVILÁQUA, 2003)¹⁰. Todavia, sendo o direito pessoal uma exclusão do direito real, pode haver posse sobre direitos pessoais vinculados a coisas corpóreas (RESENDE, 2000) – apesar das polêmicas e inseguranças que tais construções obrigacionais possam criar (VANZELLA, 2009) –, ou então direitos pessoais que deveriam ser reais, mas a legislação, por escolha, não os elencou a tanto – como, por exemplo, o direito de superfície (GOMES, 2001).

Outro argumento utilizado é o de que não é possível uma posse sobre coisa não corpórea, devendo haver alguma exterioridade do uso (RESENDE, 2000). Ocorre que, na lógica do Código Civil, podem existir direitos reais sobre coisas incorpóreas ou outros direitos. Orlando Gomes afirma que “admite-se que o usufruto e o penhor possam ser objeto de outro direito real” (GOMES, 2001, p. 9), o que recai em um círculo que denota tal possibilidade.

Diante de tantos argumentos e réplicas – afinal, é a controvérsia teórica mais difícil de solucionar (DWORKIN, 1999) –, Orlando Gomes foi sintético ao dizer que não há como afastar dúvidas sobre a possibilidade de uma posse de direitos de cunho patrimonial, pois Ihering teria vinculado a exterioridade à propriedade, que apenas pode ser patrimonial, enquanto que todos os direitos extrapatrimoniais seriam impossíveis de posse por não terem vinculação com a propriedade – do contrário, diz ele, estaríamos falando de propriedade do nome ou propriedade do emprego. A principal justificativa para a busca constante pela possibilidade de direitos pessoais é o alargamento dos interditos possessórios como institutos processuais aptos à defesa dos direitos, especialmente os mais importantes, o que, com o tempo, foi perdendo o sentido, tendo em vista a criação do mandado de segurança (GOMES, 2001).

Anos depois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda na vigência do Código Civil de 1916, se viu confrontado com a situação atípica de discussões judiciais sobre eventual usucapião de linha telefônica, na época que tal produto era de alta relevância

¹⁰ Esse mesmo sentido também é validado por Dantas (1979).

econômica. Dentro do tribunal, houve duas vertentes¹¹: (a) uma que acreditava ser impossível a usucapião por diversos motivos e (b) outra que acreditava ser possível por ser um direito real de uso da linha telefônica¹². Em primeiro ramo teórico, o ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista do julgado Recurso Especial (REsp) nº 24.410, o mais antigo proferido, entendeu que a usucapião seria impossível, pois se tratava de mero uso de linha telefônica por contrato bilateral com a concessionária de telefone, inexistindo posse num direito pessoal contratual. De outro lado, o ministro Dias Trindade, em voto de relatoria de mesmo REsp nº 24.410, concluiu que seria possível a usucapião, pois o uso da linha telefônica é usufruto limitado ou direito real de uso, podendo, portanto, sofrer prescrição (aplicação direta do parágrafo único do art. 520) e ser defendido perante terceiros, bem como ser exercida a posse sobre o direito real, o que consubstancia o caminho à usucapião. Os demais julgados colacionados pelo STJ para justificar a edição da súmula de jurisprudência de nº 193 pouco contribuem ao debate e simplesmente repisam os fundamentos do REsp nº 24.410. Ao fim, foi editada a súmula, que ficou com o seguinte texto: “o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”. Assim, apesar de todas as posições doutrinárias contrárias, o STJ, tribunal relevante para a comunidade jurídica no debate infraconstitucional, reconheceu a possibilidade da posse (e usucapião) de um direito real sobre coisa não corpórea, tendo em vista que o enfoque era o direito (de uso) e não o objeto (telefone).

Em conclusão parcial, temos que, apesar de constantemente contrariado pela doutrina especializada da época, o Código Civil de 1916 não criou nenhum impedimento à posse de direitos reais. Do contrário, expôs dispositivos legais que expressamente a autorizam (muitos por influência direta de Rui Barbosa), o que militou pela sua possibilidade legal ao longo dos anos de vigência daquele código e

¹¹ Para discutir essa questão jurisprudencial, usamos a compilação promovida pelo próprio tribunal para edição da súmula do caso. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula193.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

¹² Antes, nos cabe fazer a ressalva de um precedente que chegou a ser citado nas discussões. O Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 1978, em momento anterior à Constituição Federal, quando ainda lhe cabia a análise do direito infraconstitucional, decidiu, muito brevemente, em Recurso Extraordinário (RE) nº 86.172, que o direito real de uso de linha telefônica pertencia ao assinante. Assim, não cabia à concessionária impedir a alienação de tal direito a terceiros, por ser ela titular apenas do aparelho – naquela época ainda dado em comodato nos contratos de telefonia. Tal julgado, apesar de prévio à discussão no STJ, é produto da zona de autarquia produzida pelos julgadores brasileiros, que não fundamentam explicitamente suas premissas ou as “escondem” no seu íntimo, o que impossibilita uma compreensão total do julgado (RODRIGUEZ, 2013), apesar de ter sido citado por vezes como base de fundamentação pelos ministros do STJ.

fez com que fosse possível a solução da celeuma da posse do direito de uso de linha telefônica no âmbito do STJ.

4.2 Os interditos possessórios da propriedade artística: posse de direitos como dilema da propriedade dos direitos autorais?

Uma outra discussão que permeou todo o Código Civil de 1916 trata da possibilidade ou não do uso de interditos proibitórios – clássico instituto processual de defesa da posse – para tutelar direitos autorais.

Toda a celeuma nasceu da definição legal que o código utilizou para tratar os direitos autorais, os quais seriam uma propriedade como quaisquer outras (parágrafo único do art. 524¹³), mas de natureza móvel (inciso III do art. 48¹⁴). Ocorre que, uma das noções de propriedade é exatamente a possibilidade do esbulho do verdadeiro titular da sua exclusividade sobre o objeto. Assim, quando o código permite que seja considerada propriedade um direito autoral, que não pode ser esbulhado de tal maneira a ponto de impedir o uso exclusivo pelo seu verdadeiro titular, estaria ele desvirtuando o conceito de propriedade definido classicamente pelo direito romano (RESENDE, 2000).

Todavia, a presença da possibilidade no texto legal fez com que fosse muito difícil para a doutrina defender a impossibilidade de uma posse sobre coisas não corpóreas, pois o texto, apesar da imensa crítica, dizia exatamente o contrário (GOMES, 2001). Assim, o direito autoral foi usado como uma exceção à regra de forma a mantê-la coerente (RESENDE, 2000), apesar do suposto erro legislativo (ASCENSÃO, 1997). Havendo a opção legal pela possibilidade da posse de direitos, o STF, em RE nº 14.144 e nº 14.874, ainda antes da vigência das primeiras leis de direitos autorais, decidiu ser possível o uso dos interditos possessórios para a defesa da posse de direitos autorais, pois seriam eles previstos na legislação e admissíveis de posse por se tratarem de direitos reais. Tal entendimento não se deu de forma pacífico e gerou diversos debates na doutrina e jurisprudência, assim como a própria noção de propriedade dos direitos autorais.

¹³ “Art. 524. (...) Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título” (BRASIL, 1916).

¹⁴ “Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...) III - os direitos de autor” (BRASIL, 1916).

Após a promulgação das primeiras leis de direitos autorais, a propriedade artística foi convertida para mero direito autoral que se subdivide em direito moral e patrimonial. Assim, pendeu-se a discussão para o lado daqueles que entendiam ser impossível a propriedade de direito autoral. Com isso, retornou-se à validade ou não do que foi decidido no RE nº 14.144 e nº 14.874.

A discussão permeou os processos judiciais na época, que acabaram desaguando no STJ. O mais antigo REsp sobre a matéria, o de nº 41.813, decidiu que, baseando-se no julgado pelo STF anteriormente e nos dispositivos legais existentes no Código Civil, estaria o interdito possessório possibilitado, não havendo novidades. Após ele, os recursos subsequentes divergiram dessa possibilidade, não por não considerarem mais o direito autoral como uma propriedade (pois, em verdade, não houve nenhuma alteração legal substancial para tanto), mas por entender que o direito autoral seria uma propriedade que não comporta esbulho ou usurpação, e sim simples concorrência de usos. A partir deste ponto, foi editada a súmula nº 228 do STJ, que diz que “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral” (BRASIL, 1999).

O STJ, sem dúvidas, priorizou os comentários da doutrina ao instituto legal da propriedade como estava estipulado no Código Civil – o que não deveria ter sido permitido sem censuras pela comunidade jurídica à época. Até 1998, com a Lei nº 9.610, que revogou diversas disposições legais sobre direitos autorais, o conceito destes como propriedade, passível de proteção de posse, ainda estava plenamente vigente. Portanto, a disposição legal deveria ter sido considerada, apesar de tecnicamente incorreta aos olhos de parcela da doutrina, até sua efetiva revogação tácita/expresa, incompatibilização no caso concreto e/ou declaração de inconstitucionalidade, que são as alternativas possíveis para afastar a disposição expressa de lei. As decisões do STJ que levaram à edição da súmula, todas anteriores à lei de 1998, apesar de caminharem no sentido da doutrina, expõem a arbitrariedade de nossos tribunais em tomar decisões com base em opiniões pessoais ou em fundamentos de autorreferência – o que se chama de zona de autarquia (RODRIGUEZ, 2013) –, desvirtuando o conceito legal de propriedade no direito brasileiro, que, naquela época, necessariamente abarcava bens incorpóreos, tais como os direitos autorais (DANTAS, 1979).

Com isso, em conclusão parcial temos que, na vigência do Código Civil de 1916, apesar da imprecisão técnica do elenco dos direitos autorais como propriedade

legal e como bem corpóreo, especialmente por conta da ausência de exclusividade da sua propriedade e impossibilidade de sua usurpação (sendo, em verdade, concorrência), houve uma aceitação por parte da comunidade jurídica em relação à posse de direitos autorais, o que levou a diversas demandas de proteção destes por meio de interditos proibitórios. Sem a mudança legal adequada, o STJ, baseando-se nos comentários contrários à lei de parcela da doutrina, entendeu ser incabível a proteção possessória dos direitos autorais, por eles não se amoldarem ao conceito de propriedade da doutrina, apesar de autorização legal, o que levou à solidificação de entendimento em súmula.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS OU EXISTE, É POSSÍVEL OU IMPORTANTE A POSSE DE DIREITOS?

Perpassando todas as definições e debates importantes sobre a posse de direitos, chega-se a uma conclusão-definição do desenvolvido até então. É seguro afirmarmos que a posse de direitos existiu, tanto no âmbito puramente teórico, com desenvolvimento da teoria de Ihering, aceita por muitos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, quanto na prática da comunidade jurídica, com o uso dos interditos possessórios pelos escravizados para garantir a posse de sua liberdade no período escravocrata, com a contribuição aos contornos do *mandamus* brasileiro ou, ainda, tais com o uso do instituto para defesa dos direitos autorais (naquela época, propriedade artística), aceito pelo STF em dois julgados. A posse de direitos foi ganhando muitos contornos e conceitos, confundindo-se com a defesa de todo e qualquer direito, com Rui Barbosa, ou até se transmutando, ora em apenas direitos reais, ora em direitos pessoais, através do debate ao longo do Código Civil de 1916. Torna-se dificultoso até mesmo conceituar precisamente qual seria o conceito definitivo ao instituto, pois, diante de tantos debates que progridem e regridem, com visões que aceitam ou não a legislação vigente na época, surge uma linha de raciocínio teórico inacabada. Apesar disso, a importância do instituto não deixa de ser evidente. Não fosse pela possibilidade da posse de direitos em épocas passadas, escravizados não seriam libertados, não teríamos a teoria brasileira do mandado de segurança e diversos outros direitos careceriam de proteção, por falta de uma proteção específica, sendo salvaguardados pela defesa da posse.

O tempo fez com que o instituto perdesse a contemporaneidade, pela grandiosidade da utilidade dos demais arcabouços jurídicos que surgiram; porém, retirar-lhe a importância histórica e, superficialmente, dizer que o instituto é impossível pura e simplesmente, é prática que beira à injustiça com todos os direitos e histórias individuais que foram sendo tutelados e apoiados ao longo do caminho histórico. Sendo assim, os manuais e doutrinadores contemporâneos que declaram o instituto desta forma carecem de um melhor aprofundamento sobre a matéria, o que pode partir da leitura dos debates-chaves trazidos neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANZOÁTEGUI, Vitor Tau. Las ideas jurídicas em la Argentina: siglos XIX-XX. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa: posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. v. 23, tomo 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado, 2003. v. 1. (Coleção História do Direito Brasileiro).

BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995a.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1995b.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jan. 1916.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 228. É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral. Diário da Justiça, segunda seção, Brasília, DF, 20 out. 1999.

DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil III. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLAND. Court of King's Bench. Rex versus Barker. English Report, n. 97, E. R. 823. Hilary Term, 2 Geo. 3, B.R. 23 jan. 1762. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs2/97ER823.html>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica,

decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FREITAS, Antônio Teixeira de. Código civil: esboço. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2.

FURTADO, Gabriel Rocha. O direito comum das situações jurídicas patrimoniais. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, n. 3, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/issue/view/517>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. São Paulo: Almedina, 2012.

HOWELL, Robert. An historical account of the rise and fall of mandamus. *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, p. 127-145, 1985. Disponível em: <<http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/1985/12.html>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

IHERING, Rudolf Von. Teoria simplificada da posse. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 308-326.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2003. v. 10.

PAES, Mariana Armond Dias. O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 339-360, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862016000200339>. Acesso em: 09 abr. 2021.

POSNER, Richard Allen. Savigny, Holmes, and the law and economics of possession. *Virginia Law Review*, n. 86, p. 535-567, 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/207054844.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

REIS, Thiago. Teixeira de Freitas leitor de Savigny. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13836/RPS%20121_REvisado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 abr. 2021.

RESENDE, Astolpho. A posse e sua proteção. 2. ed. São Paulo: LEJUS Editora, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

TELLES, José Homem Corrêa. Doutrina das acções: acomodada ao foro de Portugal com adições da nova legislação do código commercial portuguez e do decreto n. 24 de 16 de maio de 1833 e outros. 6. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000091.pdf>>. Acesso em: 09

abr. 2021.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição. 2009. 340 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VIANA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).