

ESTUDO COMPARADO DA POSSE NOS CÓDIGOS CIVIS DO BRASIL E DA ITÁLIA

José Isaac Pilati*

Introdução

Uma das grandes dificuldades do profissional do Direito, quando se depara com citações de autores estrangeiros, é a falta de estudos comparados específicos, dos sistemas jurídicos em questão. Obras dedicadas exclusivamente ao objetivo de situar os contextos de um e de outro ordenamento jurídico, de forma ampla e sistematizada, que orientem o estudioso perante as diferenças e semelhanças de ordem estrutural. Estudos básicos, enfim, que previnam equívocos por parte daqueles que laboram apenas no campo doutrinário.

O exemplo mais comum é o instituto da posse, frente à excelente doutrina italiana. Os autores italianos são muito citados no Brasil, mas a sistematização da posse, num e noutro ordenamento, é muito diferente, sem falar nos aspectos de conteúdo. Basta dizer que o Código Civil de 1942, daquele país, na linha do de 1865, perfilha-se com a doutrina de Savigny, enquanto que os nossos civilistas orgulham-se do fato de o Código de 1916 ter adotado a teoria de Ihering. Como conciliar ou adotar as lições doutrinárias e de hermenêutica italianas sem conhecer a base legal respectiva?

A presente pesquisa tem por objeto essa comparação, entre os dois sistemas jurídicos, brasileiro e italiano,

mas, especificamente, na área positivada da posse, nos respectivos códigos civis. O objetivo é levantar, apontar e caracterizar as semelhanças e diferenças existentes entre os diplomas legais, fornecendo, assim, informações básicas para quem pretenda realizar futuras pesquisas.

O método para alcançar o objetivo proposto é, preponderantemente, o comparativo. Trata-se de um método que, segundo ANCEL (1980: 46), pressupõe o conhecimento prévio e exato dos dois termos de comparação: o direito nacional e o direito estrangeiro que com ele se pretende comparar. Vale dizer, não é uma simples justaposição de regras, pois que considera o conjunto: estrutura, fontes e funcionamento efetivo. Somente assim se tem, realmente, uma idéia mais concreta do direito existente, com seus problemas e sua linha de evolução.

Esse confronto, acrescenta CRETELLA JÚNIOR (1981:87-95), pode consistir tanto no paralelo sincrônico (mesma época e países diferentes) ou diacrônico (o mesmo fenômeno, no mesmo país, em épocas diferentes). Serve para confrontar tanto institutos jurídicos (feixes de normas sobre qualquer assunto, como a posse, por exemplo), ramos do

* Doutor em Direito. Professor da UFSC. Professor Convidado do CMCI-UNIVALI. Presidente da Fundação José Arthur Boiteux e do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Mercosul.

Direito e até sistemas jurídicos (grupo ou agrupamento de Direitos, ligados a matrizes comuns, como seria o caso de um sistema como o romanístico, por exemplo).

Mas, basicamente, confirma DUVERGER (s.d.:413), “a comparação supõe uma prévia sistematização, o estabelecimento preconcebido de uma teoria.” Em primeiro lugar, estuda-se cada um dos sistemas, em separado, para após, e somente após, “criar” um modelo próprio e específico, para a comparação.

Quem concebeu um modelo adequado e funcional, para esse tipo de trabalho, foi PASOLD (1983:117 e 1987:95). Para comparação e análise de leis sanitárias, na Universidade de São Paulo, criou o que denominou “Modelo de Classificação das Normas Jurídicas Sanitárias” - CNJ, o qual já se teve oportunidade de utilizar em Dissertação de Mestrado, defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina (PILATI, 1989:106), na qual se realizou um estudo comparado dos códigos sanitários dos Estados federados brasileiros.

Trata-se, o CNJ, de um modelo de fichamento, em que se estabelece, previamente, a tipologia dos temas (da pesquisa), identificados em leitura prévia. É um instrumento utilíssimo de direito comparado aplicado, auxiliando o pesquisador nos passos operacionais mais importantes do método comparativo.

Na ordem das coisas, portanto, cumpre ao pesquisador eleger, previamente, os temas que pretende destacar

e comparar, para, no passo seguinte, elaborar a ficha de leitura sugerida por Pasold. Em seguida, procede-se à nova leitura dos textos objeto, anotando os tópicos de interesse no espaço pré-determinado na ficha, para cada tema ou subtema, de forma a permitir, posteriormente, o cotejo final, para relatório e caracterização, flagrando as semelhanças e as diferenças.

O presente trabalho inicia-se pelo histórico da posse e prossegue com a caracterização dos textos sob estudo, contemplando, aí, o método de distribuição e de sistematização da matéria, em cada um dos códigos. Em seguida, elabora-se a matriz de temas e subtemas e se descreve o conteúdo levantado. Nas considerações finais, procura-se fixar um consolidado das principais semelhanças e diferenças encontradas.

Destaca-se que, no âmbito do trabalho, entende-se por posse o estado de fato tutelado, juridicamente, por corresponder ao exercício de um direito real, sobre coisa própria ou alheia. Deixa-se registrado, também, que não se ignora o fato de que, no lado italiano, a Constituição de 1948 deu feição completamente nova aos institutos da posse e da propriedade, assim como a Constituição brasileira de 1988, de outra parte. A pesquisa, entretanto, restringir-se-á ao disposto nos códigos civis, sem fazer inferência, nesse momento, em outros diplomas legais, ou mesmo na legislação esparsa e no Código de Processo Civil dos respectivos países.

1 Histórico da Posse

A origem da proteção possessória, ou interdital, é uma discussão conhecida. Niebuhr (RIBAS, 1901:5) defendeu a idéia de que ela teria surgido por força do regime jurídico do *ager publicus*, bem da república, que abandonado ao gozo dos particulares e sem tutela reivindicatória, teria levado o pretor a criar, para evitar anarquia, os interditos; a funcionalidade do novo instrumento teria levado o pretor a estender tal proteção (possessória) ao *ager privatus*.

Todavia, é mais provável que a razão tenha sido de ordem processual, pois na disputa da propriedade o pretor deparava-se com o problema concreto, de decidir com quem deveria ficar o bem, durante a

tramitação processual (RUGGIERO, sd:553). Deixá-lo sob a guarda da república não era conveniente, sendo muito mais prático entregá-lo ao cuidado de uma das partes, em caráter provisório. MOREIRA ALVES (1985:1), a propósito, chama atenção para as variações do conceito, no correr da história de Roma, e perante as necessidades sociais, o que dificulta uma “concepção rígida.”

Os interditos eram ordenanças do pretor, por meio dos quais, em casos particulares e determinados pelo edito, ele prescrevia, por si mesmo, o que devia ser feito ou omitido (REZENDE, 1914:27). GOMES (1990:71): “O interdito possessório era uma ordem

emanada do pretor, a requerimento da pessoa interessada em defender a posse. Quem a recebia, devia-lhe estrita obediência, sob pena de punição. No entanto, a pena recaía sob o que solicitasse o *interdictum*, se em processo ulterior, de mais ampla investigação, viesse a sucumbir, dado que aquele, como se verifica etimologicamente - *interim dicuntur* - era provisório.”

Como o ataque à posse pode ter a forma de turbação (a posse é molestada, sem haver a sua perda) ou de esbulho (o possuidor perde a posse para o agressor), o pretor instituiu duas ordens de remédio, mediante o procedimento extraordinário interdital: *retinenadae* e *recuperandae possessionis*.

O interdito *retinenadae possessionis* era de duas espécies, *uti possidetis* e *utrubi*. O primeiro destinava-se aos imóveis, para fazer cessar as turbações e impedir as futuras, mantendo na posse quem nela se encontrava, “desde que ela não fosse viciosa quanto ao adversário” (RUGGIERO, op. cit.:553): *nec vi, nec clam, aut precario*. O interdito *utrubi* era voltado, especialmente, à proteção das coisas móveis, tendo de preferência eficácia recuperatória, pois defendia não o atual possuidor, mas aquele que tivesse possuído por mais tempo, sem vícios, no ano precedente. O caráter recuperatório, entretanto, perdeu importância e em Justiniano, também no caso dos móveis e do interdito *utrubi*, protegia-se a posse atual.

Já o interdito *recuperandae possessionis* protegia o possuidor contra a espoliação violenta e assegurava a indenização pelos danos. Eram *unde vi cottidiana* e *unde vi armata*, conforme o agente tivesse ou não empregado arma. E referiam-se, tão somente, a imóveis, pois os bens móveis eram protegidos pelo interdito *utrubi*.

A essência romana permaneceu, mas a proteção possessória, tal como a consagraram, de um modo geral, as codificações do século XIX, forjou-se a partir das contribuições do direito germânico, do direito consuetudinário francês e do direito canônico.

O direito germânico primitivo não chegou a ter uma proteção própria e independente para a posse, mas tutelava de forma especial (em atenção à propriedade usucapida), aquele que tivesse possuído por mais de um ano.

Na linha de inspiração germânica, o antigo direito francês também protegia a posse de um ano completo

- *saisine d'an et jour* - fazendo cessar a perturbação. A ação, segundo RUGGIERO (op. cit.:554), surgiu no século XIII, fundindo dois requisitos especiais: a) posse de um ano (fonte germânica), b) não afetada por vício de violência, clandestinidade ou precariedade (fonte romana: *nec vi nec clam nec precario*).

Como decorrência disso, surgiu mais tarde, dentro do próprio juízo possessório, o *possessorium sumarissimum*, ou seja, “um *mandatum de manutenendo*, pelo qual o juiz, chamado a decidir sobre uma questão de posse, ordenava, para impedir qualquer ato de violência entre os contendores e para evitar a providência de um seqüestro judiciário da coisa, que esta devesse, provisoriamente e enquanto durasse a ação, ficar na posse de uma das partes” (Ruggiero, idem). Era já, portanto, o que corresponde à moderna ação de manutenção de posse, com liminar.

O interdito *unde vi*, por sua vez, recebeu a feição atual, de ação de reintegração de posse, por influência da doutrina canônica. O interdito *unde vi* protegia possuidor de imóvel contra expulsão violenta e exigia (não se tratando de *vis armata*) que o expoliado possuísse *nec vi nec clam nec precario* e que a ação se propusesse dentro de um ano da *deiectio*. Era exercível contra o autor da violência, “pelo que não tinha efeito contra os terceiros detentores” (RUGGIERO, op cit.:555).

Na Idade Média, o Direito Canônico introduziu um novo remédio, o *remedium spoli*. Um cânone incluído nas falsas decretais do Pseudo Isidoro (e que depois passou para o decreto de Graciano) declarava a propósito dos bispos expulsos de suas sés, que não se podia propor contra eles qualquer ação sem antes restituí-los. Conferia-se aos bispos uma *exceptio spoli*, que logo se alargou e transformou num remédio direto e de ataque, i. é: da exceção derivou-se uma ação, mediante a qual os bispos podiam agir diretamente para obter contra o espoliador a restituição. O remédio generalizou-se a todos os cidadãos, que tivessem sido violentamente despojados de seus bens.

O princípio consagrou-se nestes termos: *spoliatus ante omnia restituendus*; e o remédio, ao demais, foi estendido ao simples detentor e aplicado, também, não só contra o espoliador, mas contra qualquer terceiro detentor da coisa, fosse ela móvel ou imóvel, independentemente de tempo e da espécie de posse, ainda que fosse de má-fé e tivesse a duração de um

mês ou de um dia. Acrescenta RUGGIERO (id.:556): “Desta ação deriva diretamente a moderna ação de reintegração, que no entanto apresenta alguns

elementos do remédio recuperatório romano, como aquele do exercício da ação ser limitado a um ano a partir da expoliação e apenas restrito ao seu auto.”

2 Caracterização dos textos sob estudo

2.1 O Código Italiano

O primeiro Código Civil Italiano, de 1865, foi sendo revisto por partes, até completar seis Livros amalgamados e aprovados, em texto único, pelo decreto Real nº 262 de 16 de março de 1942, que constitui o novo Código Civil Italiano, em vigor desde 21 de abril daquele ano.

Trata-se de um Código original, por representar a unificação do direito privado, sonho que Augusto Teixeira de Freitas, o jurista do Império havia proposto ao Brasil, nos anos 60 do século XIX.

Possui, o Código italiano, uma estrutura de seis Livros, antecedidos por uma Lei de Introdução: “Disposição sobre as leis em geral” (31 artigos). Os Livros são os seguintes: Livro I: Das Pessoas e Da Família (Arts. 1-455); Livro II: Das Sucessões (Arts. 456-809); Livro III: Da Propriedade (Arts. 810-1172); Livro IV: Das Obrigações (Arts. 1173-2059); Livro

V: Do Trabalho (Arts.2060-2642); Livro VI: Da Tutela e Dos Direitos (Arts. 2643-2969). Ao final, o documento legal apresenta ainda 256 artigos de disposições para a execução do Código Civil e disposições transitórias, dispostas em seções especialmente dirigidas a cada um dos Livros que se acaba de mencionar.

A posse é tratada no Livro III, Título VIII (arts. 1140 a 1170), que por sua vez, divide-se em 3 capítulos: Disposições Gerais, Dos efeitos da Posse e Das Ações para a defesa da Posse.

Interessante notar que o Livro II encerra-se, praticamente, com a posse, depois de ter tratado, o Código, dos Bens, da Propriedade Imóvel e sua defesa, da Superfície, da Enfitese, do Usufruto, das Servidões prediais e da Comunhão. O Título IX, na sequência da posse, trata das ações de Nunciação de Obra Nova e de Dano Infecto.

2.2 O Código Civil Brasileiro

Se a civilística italiana recebeu forte influência do Código Napoleônico, no caso do Brasil, a primeira grande influência foi do direito lusitano. Coube a Augusto Teixeira de Freitas, a partir de 1858, com a Consolidação das Leis Civis e depois com o projeto de Código Civil que denominou de Esboço (MEIRA, 1979), a grande arrancada para estender a Independência política de 1822 ao Direito Civil.

A proposta metodológica da codificação de Teixeira de Freitas amparava-se na dicotomia dos direitos subjetivos em pessoais e reais. Em verdade, o projeto compreendia uma parte geral, assentada no conceito de relação jurídica e seus elementos (Pessoa, Bens e

Fatos Jurídicos) e uma Parte Especial, que colocava de um lado os direitos pessoais (Direitos Pessoais nas Relações Família e Direitos Pessoais nas Relações Civis) e de outro lado os Direitos Reais (Direitos Reais sobre Coisas Próprias e Direitos Reais sobre Coisas Alheias). Um último Livro contemplava as relações comuns aos direitos pessoais e reais, que para Freitas eram a herança, o concurso de credores e a prescrição.

O projeto aprovado, entretanto, seria o de Clóvis Bevilacqua, elaborado na virada do século, quando entrava em vigor o Código alemão (BGB) de 1896. Sua aprovação, pelo Legislativo brasileiro, depois de muita polêmica, dar-se-ia em 1º de janeiro de 1916,

através da Lei nº 3071, para entrar em vigor no primeiro dia do ano seguinte, de 1917.

São 1807 artigos, distribuídos entre Parte Geral, com três Livros: Das Pessoas, dos Bens e Dos Fatos Jurídicos e Parte Especial. A Parte Especial possui quatro Livros: Do Direito de Família, Do Direito das Coisas, Do Direito das Obrigações e Do Direito das Sucessões.

A posse é tratada no primeiro dos três Títulos em que se divide o Direito das Coisas. O segundo cuida

da Propriedade e o terceiro se ocupa dos Direitos Reais sobre Coisas Alheias. Se por um lado, é grande a influência de Teixeira de Freitas, na definição dos conteúdos, em termos de metodologia Bevilacqua abraçou o plano do BGB e as idéias de Savigny.

Quanto à posse, especificamente, são cinco capítulos, de que se ocupam os artigos 485 a 523. O Capítulo I é Da Posse e sua Classificação (arts. 485-492; o II, Da Aquisição da Posse (arts. 493-498); o III, Dos Efeitos da Posse (arts. 499-519); o IV, Da Perda da Posse (arts. 520-522) e o V, Da Proteção Possessória (art. 523).

3 Principais temas e subtemas

De acordo com a metodologia descrita na introdução, procurou-se identificar, no estudo dos Códigos, os seguintes temas:

- 1) Aspectos metodológicos e formais;
- 2) Conceito de posse;
- 3) Objeto da posse;
- 4) Caráter da posse;
- 5) Qualificação da posse;
- 6) Aquisição da posse;

- 7) Prova da posse;
- 8) Efeitos da posse;
- 9) Ações possessórias;
- 10) Perda da posse.

Esse elenco inicial de temas desafiou, naturalmente, uma série de subtemas, que serão desdobrados quando do relato das semelhanças e diferenças encontradas entre os dois códigos.

3.1 Aspectos formais

No tocante a forma e método, verifica-se que o CCB, de 1916, segue o modelo alemão de distribuição de matérias: Parte Geral e Parte Especial, localizando-se a posse no Direito das Coisas. O CCI, de forte influência francesa, não apresenta Parte Geral, mas cinco Livros, abrangendo, praticamente, todo o direito privado. A posse é tratada do Livro III, Da Propriedade.

Ainda, em termos de sistematização, pode-se comprovar que o CCI adota o contrato como modo de aquisição da posse e dos direitos reais, enquanto o sistema brasileiro é dicotômico: a compra e venda gera apenas direito pessoal, que se resolve em perdas e danos se não se seguir a ela um dos modos de aquisição derivada, tradição e transcrição.

Quanto à posse, propriamente dita, a tradição italiana perfilha-se com a teoria de Savigny, enquanto o CCB adotou a teoria objetiva de Ihering. Disso resulta uma série de diferenças entre os sistemas dos códigos pesquisados, especialmente no que se refere ao tratamento da detenção.

Outra diferença, visualizada no exame comparado dos sistemas, diz respeito ao tratamento do usucapião. O CCI trata, como o fez Savigny, o usucapião no Título da posse, como um dos efeitos dela. Já o CCB trata do usucapião como modo de aquisição da propriedade, em separado, portanto, muito embora, pela natureza das coisas, estenda a ele os dispositivos pertinentes da posse.

Por outro lado, o CCB inaugura o Direito das Coisas com a posse, ao passo que o CCI prefere tratar, em primeiro lugar, da propriedade. O tratamento deste, quanto à posse, é de três capítulos (no Título VIII), do art. 1140 ao 1170: Disposições Gerais, Dos Efeitos da Posse e Das Ações para a Defesa da Posse. O CCB, Título I, Livro II da Parte Especial, apresenta cinco capítulos (arts. 485-523): Da Posse e sua Classificação, Da Aquisição da Posse, Dos Efeitos da Posse, da Perda da Posse e Da Proteção Possessória.

Há outros dois pontos importantes, no que diz respeito à forma. O CCI, na linha de inspiração do Código suíço, inaugura os artigos com um título que lhe resume o conteúdo, facilitando, em muito, com isto, a localização e o manuseio. O CCB não se utiliza deste expediente. No tangente à redação dos artigos, também se notam diferenças. O CCI adota o sistema de artigos longos, com alíneas separadas em períodos. O CCB fragmenta os artigos em *caput*, parágrafos e incisos, o que o torna, ao que se pode perceber, mais formal do que o outro.

3.2 Conceito de Posse

O que é posse? Nesse particular, o Código italiano é, praticamente, irretocável: “A posse é o poder sobre a coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real” (art. 1140).

O CCB prefere definir não a posse mas o possuidor, dizendo ser “aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”(art. 485).

Em termos gerais, os dois códigos dizem a mesma coisa, mas há uma diferença básica, que reflete, de um lado e de outro, as teorias de Savigny e de Ihering, respectivamente.

Enquanto o CCI diz que a posse é *poder*, o CCB diz que a posse é *fato*, fato que se define como exteriorização do domínio ou de outro direito real. Para o italiano, posse é senhoria, sendo o resto detenção, ao passo que para o brasileiro, o fato material da detenção é que constitui posse, só deixando de sê-lo mediante o enquadramento da espécie numa exceção legal, como a clandestinidade, por exemplo.

Como nem toda a posse é *animo domini*, pois a sua transferência (via negocial) faz parte do próprio poder de disposição do possuidor, o CCB, na linha de Ihering, estabelece o desdobramento da posse em direta e indireta (art. 486). Tanto é possuidor e faz jus aos interditos, o proprietário que estiver na posse, como o inquilino ou o usufrutuário, embora o locador seja possuidor indireto e os outros dois, possuidores diretos.

O CCI não lança mão desse expediente técnico, preferindo estabelecer um único possuidor; os demais, sejam usufrutuário, locatário, sublocatário, etc, são detentores. Eles ficam, então, sem proteção possessória? Não, por que o art. 1168, simplesmente, estende os interditos aos detentores: “A ação é concedida outrossim a quem tiver a detenção da coisa, exceto no caso em que a tenha por motivo de serviço ou de hospitalidade.”

O drama da posse é a separação em relação à detenção, pelo que o conceito deve ser visto, em cada código, na amplitude sistemática. O CCB nega a condição de possuidor ao fâmulos (art. 487), considerando-o mero detentor; também não induzem posse, pelo menos contra o legítimo possuidor, as detenções provenientes de violência e clandestinidade (enquanto não cessarem) e os atos de mera permissão ou tolerância (art. 497). O CCI dispõe o seguinte: “A posse pode ser exercida diretamente ou por meio de uma outra pessoa que tenha a detenção da coisa” (art. 1140, alínea 2); e no art. 1141, alínea 1: “Presume-se a posse naquele que exerce o poder de fato, quando não provar que começou a exercê-la simplesmente como detenção.”

Completa-se, o sistema italiano, estabelecendo a exceção de serviço ou hospitalidade, acima citada (art. 1168, alínea 2), que também não induzem posse (e correspondem à precariedade no CCB).

Na verdade e no final das contas, os sistemas equivalem-se, embora o CCI, pelo que se pode perceber, ofereça maior apuramento técnico.

Cumprido, ainda, destacar a questão do acessório, ante a posse do bem principal. O CCB, no art. 498 (que trata da aquisição da posse) dispõe que a posse do imóvel faz presumir, até prova em contrário, a dos móveis e objetos que nele estiverem. O CCI, por dispensável, não apresenta dispositivo semelhante, embora se possa identificar o princípio em

outros artigos, como o 819, que ressalva os direitos de terceiros sobre pertences, em imóveis alheios.

Da mesma forma, o CCB dispõe sobre a composses (art. 488), sem correspondência no CCI, que se limita a regular a comunhão (art. 1100-1116), incluindo o “uso da coisa comum”(art. 1102).

3.3 Objeto da posse

Ensina BEVILAQUA (1976:45) que dado o paralelismo entre a posse e a propriedade, temos que reconhecer que podem ser objeto da posse todas as coisas que podem ser objeto de propriedade e que se excluem da relação possessória as inapropriáveis. Trata-se das coisas corpóreas suscetíveis de apropriação e das relações jurídicas em que se decompõe a propriedade (usufruto, servidões, habitação); do seu regime excluem-se as coisas inapropriáveis, referidas no art. 69 do CCB e entre elas, os bens públicos.

O CCI, entretanto, ao mesmo tempo em que firma a mesma regra, na primeira alínea do art. 1145 (“A posse das coisas das quais não se pode adquirir a propriedade é sem efeito”), abre exceção e concede ação de esbulho (aos particulares) “em relação aos

bens pertencentes ao domínio público e aos bens das províncias e das comunas submetidos ao regime próprio de domínio público”(alínea 2); e bem assim, a ação de manutenção, “quando se tratar de exercício de faculdades as quais podem constituir objeto de concessões por parte da administração pública”(alínea 3). A disciplina dos bens pertencentes ao Estado, às Entidades Públicas e às Entidades Eclesiásticas é objeto dos arts. 822 a 831.

A regra geral do CCI, quanto ao objeto da posse, está na alínea primeira do art. 1170, que trata da Ação de Manutenção: “Quem for perturbado na posse de um imóvel, de um direito real sobre um imóvel ou de uma universalidade de móveis, pode, dentro de um ano da turbção, pedir a manutenção da própria posse”.

3.4 Caráter da posse

“Caráter da posse”, segundo BEVILAQUA (1975:975, v.1), “é a modalidade pela qual essa relação se apresenta na vida jurídica: é legítima ou ilegítima; viciosa ou isenta de vícios; de boa-fé ou de má-fé; direta ou indireta; a título de proprietário ou no exercício de fato de um uso econômico da coisa (como a servidão, o usufruto, o arrendamento, o penhor).” E em seguida, arremata num tópico de suma importância para a concepção do CCB: “A posse, que começou violenta, clandestina ou precária, mantém esses caracteres, que se transmitem aos sucessores por título universal, salvo, quanto à violência e à clandestinidade, provando-se que cessaram (art. 497)” (id.).

É o que consta da combinação dos artigos 492, 497 e, ainda, 495 (“A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor”)

e 496 (“O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”) do CCB.

Em suma, trata-se da regra sintetizada no brocardo latino: *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*. A posse que começou viciada, seja o vício objetivo (*vi, clam, pre*) (art. 489) ou subjetivo (má-fé) (art. 490), não convalesce, embora possa vir a afirmar-se e produzir efeitos, apesar da moléstia no ato de constituição.

O CCI, porém, na 2ª alínea do art. 1141, abre exceção ao princípio geral: “Se alguém começar por ter a detenção, não poderá adquirir a posse a não ser que o título venha a ser mudado por causa proveniente de um terceiro” (o inquilino, por exemplo, adquire a

propriedade do terceiro, que se opõe ao título de domínio do locador)... “ou por força de oposição por ele feita contra o possuidor. Aplica-se a regra também aos sucessores a título universal.”

O princípio é o mesmo no art. 1164, que dispõe sobre Interversão da posse: o detentor de um direito real sobre coisa alheia não a usucapirá, “se o título da sua posse não for mudado por causa proveniente de um terceiro ou por força da

oposição, por ele feita, contra o direito do proprietário.”

Assim, pela letra do CCB e pela tradição do direito brasileiro (REZENDE, 1914:65), um caseiro ou um usufrutuário jamais poderão usucapir a coisa, a não ser que adquiram o direito correspondente de um terceiro; já o CCI admite a mudança unilateral do título da posse, desde que o possuidor legítimo não se tenha insurgido no tempo oportuno.

3.5 Qualificação da posse

Na lição de BEVILAQUA (1976:49), “vício da posse é toda circunstância que a desvia da legalidade.”

Os vícios podem ser objetivos (aqueles que tornam a posse injusta) e subjetivos (que influem nos efeitos da posse).

O art. 489 do CCB trata dos vícios objetivos, dispondo: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. Os vícios da violência e da clandestinidade não autorizam a aquisição, senão depois de cessados (art. 497), pelo que são temporários. Referem-se ao início da posse. Além de temporários, são relativos, podendo existir em relação a uma pessoa (o possuidor desalojado) e não em relação a outra (o terceiro que molesta a posse adquirida por violência).

O CCI prevê, expressamente, as modalidades da violência e da clandestinidade. Todavia, possui dispositivos diversos para a posse *ad usucapionem* e a posse *ad interdicta*.

No primeiro caso, estabelece o art. 1163: “A posse adquirida por meio violento ou clandestino não aproveita para o usucapião a não ser do momento em que a violência ou a clandestinidade cessou.” No segundo caso, quanto aos interditos, dispõe que “quem for violenta ou ocultamente esbulhado da posse” terá direito à reintegração (art. 1168); e que a ação de manutenção é concedida se a posse de mais de um ano, contínua e ininterrupta, “não foi adquirida volenta ou clandestinamente”, a menos que tenha

decorrido um ano após ter cessado a violência ou a clandestinidade.

Com relação ao vício subjetivo, o CCB diz, no art. 490, que “é de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.”

O CCI, por seu turno, dispõe, no art. 1147: “É possuidor de boa-fé quem possui ignorando lesar direito de outrem. A boa-fé não aproveita se a ignorância está baseada em culpa grave.” Entretanto, diz o mesmo artigo, em regra geral, “a boa-fé é presumida e basta que existisse ao tempo da aquisição.”

A principal diferença entre os dois códigos é no tocante ao término da boa-fé, para efeito de restituição e reembolso. Para o CCI, a boa-fé é presumida, basta que exista ao tempo da aquisição (art. 1147) e as devoluções contam a partir do pedido judicial (art. 1148). O CCB só presume a boa-fé no caso de justo título, “salvo prova em contrário” ou vedação legal (art. 490, parágrafo único) e prevê a sua perda a qualquer momento: “a posse de boa-fé perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

O CCB, portanto, deixa aberto à controvérsia este importante aspecto da posse, coisa que o legislador italiano não faz.

3.6 Aquisição da posse

Um dos maiores contrastes entre os dois códigos está no fato de que o CCB, que adota a teoria objetiva, de Ihering, utiliza um capítulo inteiro e seis artigos (493-498) para tratar da aquisição da posse; ao passo que o CCI, que se perfilha mais com a teoria subjetiva de Savigny, não comete tal exagero.

Para se ter um parâmetro, o BGB dedica ao assunto um único artigo (854): “A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa.”

Qual é o sentido em dizer (com o inciso I do art. 493 do CCB) que a posse se adquire pelo exercício do direito, se o exercício já é posse? questiona o próprio BEVILAQUA (1976:53). Não bastaria, então, o inciso III, dispondo que se adquire a posse “por qualquer dos modos de aquisição em geral? Na verdade, o CCI nada diz e nada lhe falta, no particular.

O art. 494 do CCB dispõe, ainda, que a posse pode ser adquirida pela própria pessoa, por representante ou procurador, por terceiro, dependendo de ratificação e pelo constituto possessório. O dispositivo não encontra similar no CCI, salvo, e de uma forma longínqua, o disposto na alínea 2 do art. 1140: “A posse pode ser exercida diretamente ou por meio de outra pessoa que tenha a detenção da coisa.”

Uma das coisas que chama atenção, no CCI, é a ausência de referência ao constituto possessório (e, no reverso, à *traditio brevi manu*), situação jurídica em que o possuidor, por força de um negócio jurídico, deixa de possuir em nome próprio para possuir em

nome de outrem. Ocorre que a transmissão da posse (como do direito real) por simples contrato, do sistema franco-italiano (art. 922 do CCI e art. 711 do CCF), dispensa tal providência, permanecendo a figura, apenas, na doutrina.

No CCI, em face do próprio sistema e da técnica utilizada, a aquisição da posse não é preocupação expressa do legislador. Alguns dispositivos esparsos, entretanto, podem ser associados ao assunto, como se observa nos seguintes casos: a) art. 1141, al. 2: “se alguém começar a ter a detenção, não poderá adquirir a posse a não ser que o título venha a ser mudado”... (*omissis*). O princípio é repisado no art. 1164, no tocante ao usucapião. b) Art. 1144: nega aos atos “realizados por tolerância alheia”, o condão de “servir de fundamento à aquisição da posse.” É correspondente ao art. 497, 1ª alínea do CCB: “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância.” c) Art. 1145: declara “sem efeito” a posse das coisas fora do comércio, ressalvada a ação de esbulho contra particular no caso de bens públicos, em certos casos. Esse dispositivo não encontra correspondente no Título da posse (a não ser no art. 69), do CCB.

Quanto à sucessão e à acessão da posse, há correspondência entre os códigos: CCB, arts. 495 e 496 e CCI, art. 1146.

De todo o exposto, no presente item, pode-se dar destaque a BEVILAQUA (*idem*:53), que classifica três situações em relação à aquisição da posse: por ato unilateral, por ato bilateral (em que há transmissão a outrem) e por sucessão *mortis causa*.

3.7 Prova da posse

Os dois pergaminhos trazem uma série de disposições a respeito de prova e meios de prova da posse.

O CCB dispõe no art. 490, parágrafo único, que o justo título faz presumir a boa-fé (salvo prova ou disposição legal). Presume, também, a permanência do caráter da posse, como foi adquirida (art. 492). O art. 498 diz que a posse do imóvel faz presumir a dos móveis e objetos que nele estiverem. O art. 496

(combinado com 552 e 1572) estabelece a sucessão automática do herdeiro, no caso de morte. O art. 505 erige o título de domínio à condição de prova de desempate, no caso de posse duvidosa ou disputada, unicamente, a título de proprietário. E o art. 507, parágrafo único, estabelece uma hierarquia de provas, para eleger a melhor posse, quando nenhum dos litigantes faz prova de melhor posse, em posse de menos de ano e dia: “Entende-se melhor a posse que

se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto não se apurar a quem toque.”

Já o CCI presume a posse naquele que exerce o poder de fato, “quando não se provar que começou a exercê-la simplesmente como detenção” (art. 1141).

Na verdade, é um dispositivo mais pragmático e sistematicamente mais bem assentado do que o tratamento brasileiro. O CCB faz distinção entre posse nova e posse velha para estender maior proteção ao

proprietário, como denota art. 523, adiante analisado.

O CCI prevê, ainda, outros dois casos de presunção: de posse intermediária, art. 1142 (“O possuidor que possui em tempo mais remoto, presume-se que tenha possuído também no tempo intermediário”) e de posse anterior, art. 1143 (“A posse atual não faz presumir a posse anterior, a não ser que o possuidor tenha um título que fundamente a sua posse; neste caso, presume-se que tenha ele possuído desde a data do título”).

O art. 1147, da mesma forma, também presume a boa-fé, desde que existente ao tempo da aquisição.

3.8 Efeitos da posse

Manoel Pacheco PRATES (1917:28) destaca a opinião de Savigny, no sentido de que se identificavam, no direito romano, apenas dois efeitos, que podem ser atribuídos à posse como tal, “independentemente de qualquer idéia de propriedade”: o usucapião e os interditos. Todavia, acrescenta, o efeito que independe de qualquer outra condição é tão somente o dos interditos, pois no caso do usucapião, o próprio Savigny reconheceu, é necessário que ela, posse, “se haja instaurado de um certo modo determinado” (id., p. 30).

BEVILAQUA (1976:59) enumera os seguintes efeitos: interditos, percepção dos frutos, indenização pelas benfeitorias, direito de retenção em certos casos, responsabilidade pela perda e deterioração da coisa, usucapião (em que a posse é elemento preponderante), vantagem do possuidor quanto ao ônus da prova e posição favorável do possuidor para defesa da propriedade (*melior est conditio possidentis*).

GOMES (1990:58), por seu turno, lembra que para aqueles que conceituam a posse como exteriorização da propriedade, o efeito é único: a presunção da propriedade. Ao que acrescenta Astolfo Rezende (*apud* BEVILAQUA, op. cit.:60): “a posse tem os efeitos que a lei lhe atribuir.”

O CCB trata do assunto no capítulo III do Título próprio, sem qualquer subdivisão (arts. 499 a 519); e no capítulo V, após ter tratado da Perda da Posse no capítulo IV, cuida, em um único artigo (523) da Proteção Possessória.

Os art. 499 estabelece o direito do possuidor de ser mantido ou restituído na posse, no caso de turbação ou esbulho. O art. 500 garante a reintegração liminar (sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração, complementa o art. 506). A ação é garantida, também, ao possuidor de menos de ano e dia, contra os que não tiverem melhor posse (art. 507 e parágrafo único), sendo que, no caso de posse de mais de ano e dia a manutenção sumária é obrigatória, “até (o possuidor) ser convencido pelos meios ordinários” (art. 508).

No art. 501, trata o CCB do Interdito Proibitório, instituto de origem lusitana (Embargos à Primeira), consistindo, basicamente, na cominação de pena, pelo juiz, para assegurar o possuidor contra a violência iminente contra a posse.

O art. 502 permite a defesa direta da posse, para manter-se ou restituir-se o possuidor “por sua própria força, contanto que o faça logo” e não se exceda do indispensável à manutenção ou restituição (parágrafo único).

Os arts. 503 e 504 cuidam do direito à indenização dos prejuízos, inclusive contra o terceiro, “que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era.”

No art. 505 encontra-se uma figura muito particular do direito brasileiro, que é a exceção de domínio: permite-se a alegação do domínio (evidente) na ação possessória, desde que, interpreta a Súmula 487 do STF, seja duvidosa a posse de ambos os litigantes ou que ambos os contendores estejam discutindo a

posse a título de proprietários. A parte final do artigo reza o seguinte: “Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem não pertencer o domínio.” Esse é um instituto muito polêmico, havendo, inclusive, quem alegue a própria revogação do artigo, por lei posterior.

O art. 509, por seu turno, nega a proteção possessória às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas, salvo título, proveniente de pessoa idônea (idônea em relação ao direito).

Os arts. 510 a 513, do CCB, tratam dos frutos. O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos (510); cessada a boa-fé, os pendentes e os colhidos com antecipação devem ser restituídos, com abatimento das despesas (511) e quanto aos frutos naturais e industriais, reputam-se colhidos e percebidos logo que separados, ao passo que os civis “reputam-se percebidos dia por dia” (art. 512).

O possuidor de má-fé responde pelos frutos colhidos e percebidos, por aqueles que deixou de perceber por culpa sua, tendo, porém, direito às despesas de produção e custeio (art. 513).

Os arts. 514 e 515 ocupam-se da perda ou deterioração da coisa: o possuidor de boa-fé não responde por elas, se não tiver dado causa; o possuidor de má-fé só se exime da responsabilidade se provar” que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante” (art. 515).

Os arts. 516 a 519 cuidam das benfeitorias. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização e retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis; quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, tem direito a levá-las, “quando o puder sem detrimento da coisa” (art.516).

Já o possuidor de má-fé será ressarcido, unicamente, das necessárias e sem direito à retenção.

As benfeitorias compensam-se com os danos (art. 518) e o reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias “tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo”(art. 519).

Quanto ao CCI, sob *onomina juris* específico, dedica aos efeitos da posse o capítulo II, do Título VIII, com três seções.

A seção I, Dos direitos e das obrigações do possuidor no caso de restituição da coisa vai do art. 1148 ao 1152.

O art. 1148 (aquisição dos frutos) refere-se ao possuidor de boa-fé que sucumbe perante o reivindicante. Tem direito aos frutos naturais separados e aos civis vendidos até o dia do pedido judicial; daí, até a restituição da coisa, responde pelos frutos percebidos e por aqueles que teria podido perceber, “usando a diligência de um bom pai de família.” Como se observou, anteriormente, a diferença em relação ao CCB é quanto ao termo *a quo* da restituição de frutos e da coisa, que, no caso deste último, pode ser a qualquer momento, independentemente da propositura de ação.

O art. 1149 (reembolso pelas despesas para a produção e para a colheita dos frutos) disciplina a questão em moldes semelhantes ao CCB.

O art. 1150 trata das benfeitorias, sob o título “representações, melhoramentos e acréscimos.” O possuidor, inclusive o de má-fé, tem direito à indenização com as reparações extraordinárias, assim como pelos melhoramentos “que subsistam ao tempo da restituição.” A diferença de tratamento é estabelecida quanto à indenização: pelo valor real do melhoramento, no caso da boa-fé e pela “menor importância entre o importe das despesas e o aumento do valor”, no caso da má-fé.

Na devolução dos frutos, reembolsam-se as despesas ordinárias, “limitadamente ao tempo pelo qual a restituição é devida”, sem distinção entre a boa-fé e a má-fé.

No caso dos acréscimos ou acessões, o possuidor de boa-fé é beneficiado com “uma indenização no nível do aumento de valor conseguido pela coisa.” Nisso, a disciplina dos dois códigos não difere. A diferença reside, apenas, como se pode observar, no fato de que o CCI é menos severo nos reembolsos de despesas, em relação ao possuidor de má-fé.

O art. 1151, do CCI, por outro lado, estabelece dispositivo completamente inusitado para o CCB: a autoridade judiciária pode determinar o parcelamento da indenização prevista no artigo anterior, estabelecendo as devidas garantias.

O art. 1152 assegura o direito de retenção a favor, unicamente, do possuidor de boa-fé, desde que o tenha pedido no curso do juízo de reivindicação.

A seção II (arts. 1153 a 1157) trata da posse de boa-fé dos bens móveis. Em suma, aquele que adquire

um bem móvel de boa-fé e mediante título idôneo, adquire a propriedade, independentemente da origem do bem e das precedentes alienações. O mesmo tratamento é dado a determinados títulos de crédito.

Comprova-se uma grande diferença em relação ao art. 521 do CCB, que seguindo a tradição germânica, ressalva o direito de vindicação da posse ao proprietário de bem móvel ou título ao portador perdidos ou furtados. Segundo o parágrafo único, do citado art. 521 do CCB, só não serão entregues ao vindicante aqueles bens adquiridos em leilão público, feira ou mercado e assim mesmo, se não for depositado o seu valor.

O CCI abre uma exceção àquele regime, no art. 1156: não se aplicam as disposições às universalidades de móveis e aos bens móveis “inscritos nos registros públicos.”

Em face disso, é de se perguntar, considerando o direito brasileiro: os automóveis furtados e adquiridos, de boa-fé, em leilão, feira ou mercado, recebem o favor do art. 521, parágrafo único? Ou a eventual falsificação do certificado e conseqüentemente do registro administrativo, afastaria tal dispositivo, podendo-se aplicar, por analogia, o disposto no art. 1156 do CCI?

Na seção III, o CCI trata do usucapião (arts. 1158 a 1167).

Nessa parte o sistema dos dois códigos é bem diferente, pois o CCB trata do usucapião como modo de aquisição da propriedade (art. 550, propriedade imóvel e 618, propriedade móvel). Parece que o CCI, coerente com a doutrina saviniana, prefere tratar o usucapião como efeito da posse e, portanto, no Título da posse.

Nessa Seção, o CCI apresenta dispositivos específicos à posse *ad usucapionem*, que o CCB não reproduz. O primeiro caso é o art. 1163, dispondo sobre vícios da posse: a posse adquirida por meio violento ou clandestino só aproveita para o usucapião a partir do momento em que cesse a violência ou a clandestinidade. Ora, o que está dito é que cessada tal condição, a posse começa a ser computada no prazo legal. Só isso, pois enquanto não se completar o prazo, o proprietário ou possuidor anterior poderá agir.

Outra hipótese é a do art. 1164: interversão da posse. O titular de direito real sobre coisa alheia não poderá usucapi-la como própria, salvo causa proveniente de terceiro ou “por força de oposição, por ele feita, contra o direito do proprietário”; o prazo corre a partir “da data em que o título da posse for mudado.” Um dispositivo dessa natureza, colocado no lugar próprio e com clareza, dispensa aquela seção inteira sobre “aquisição da posse”, com que a técnica do CCB procurou resolver o termo *a quo* da prescrição aquisitiva.

3.9 Ações para a defesa da posse

No tocante aos interditos, são sensíveis as diferenças entre os dois códigos. Começa pelo fato de que o CCI prevê apenas as ações de reintegração (arts. 1168 e 1169) e de manutenção (art. 1170), enquanto que o CCB inclui a defesa direta do art. 502 e o interdito proibitório do art. 501.

A legítima defesa da posse perante e no calor da agressão, a reação *in ipso congresso*, é da tradição romana (BEVILAQUA, 1975:984) e se reproduz em diversos códigos (BGB, art. 859, suíço, art. 926, português de 1867, art. 486).

Quanto ao interdito proibitório, o direito romano, como o CCI, não destacara um interdito especial para

proteger a posse ameaçada, embora pudesse atingir o mesmo resultado através dos interditos *retinendae possessionis*. O CCB foi buscá-lo, como informa o autor do anteprojeto (BEVILAQUA, 1976:72) no art. 485 do Código português de 1867. Trata-se de um interdito conhecido como “preceito cominatório” ou “embargos à primeira”, sempre como uma forma particular de ação de manutenção de posse. Assim, pelo CCB, “o possuidor que tiver justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito.”

Quanto às ações de reintegração e de manutenção de posse, da mesma forma, existem algumas

diferenças, além do aspecto meramente sistemático.

O sistema brasileiro pode ser assim resumido: qualquer posse, ainda que de menos de ano e dia, pode ser defendida pelos interditos de manutenção ou reintegração, desde que se prove como a melhor posse, frente ao adversário. No caso da posse de menos de ano e dia, a melhor posse é auferida de uma escala de hipóteses, trazida pelo art. 507 e seu parágrafo (à semelhança do art. 1278, al. 2 e 3 do Código Português de 1967), podendo a coisa, até, ao invés de ser entregue liminarmente a um dos contendores, permanecer sequestrada, no caso de dúvida. Já a posse de mais de ano e dia, desde que provada, faz jus, obrigatoriamente, à liminar de manutenção ou de reintegração (art. 508). Por outro lado, mesmo depois de transcorrido o prazo de ano e dia do desapossamento, com a posse correspondente da outra parte, o antigo possuidor poderá retomar a coisa, pela via possessória. É o art. 523: "As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório."

De sorte que o instituto da posse, no Direito brasileiro, revela-se um instrumento ancilar de defesa da propriedade: o proprietário pode, em primeiro momento, defender-se pela via direta, desde que o faça logo; pode optar pela via judiciária e possessória especial de reintegração sumária, dentro de ano e dia; tem o prazo do usucapião para insurgir-se pela via possessória ordinária (posse velha) e se fracassar em todas estas alternativas, ainda lhe restará a via petítória, já que as vias de cognição (possessória e petítória) são autônomas e independentes (CPC, art. 923).

Já o CCI trata de forma diferenciada as ações de reintegração e de manutenção (ao lado do usucapião).

3.10 Perda da posse

No capítulo IV do Título, o CCB dedica três artigos (521-523) à perda da posse e o faz em contra-senso com a teoria de Ihering, que adota, conforme já assinalado, ao tratar da aquisição da posse. Na verdade, é a reprodução do sistema português, cujo código traz dispositivos específicos quanto à

No caso de esbulho (art. 1168), não interessa a idade da posse, mas a ação deve ser proposta no prazo de um ano da *deiectio*; se o esbulho for clandestino, o prazo corre "do dia da descoberta". A tutela deve ser ordenada pelo juiz (o interdito é uma ordem, não uma condenação) "pela simples notoriedade do fato, sem dilação."

A ação de manutenção (art. 1170), por outro lado, apresenta algumas especificidades em relação à reintegração. Começa pelo objeto, que será imóvel, universalidade de móveis ou direito real sobre imóvel. Não prevê, o CCI, turbação de bem móvel (singular). Em segundo lugar, só é tutelável a posse de "mais de um ano, contínua e ininterrupta", que não tenha sido adquirida violenta ou clandestinamente. Nesse caso, avulta de importância a posse anterior e o título que a fundamente, assim como a acessão da posse, seja pela abertura automática da sucessão *mortis causa*, seja pela união da posse na sucessão a título particular (arts. 1143 e 1146).

Todavia, diz o artigo 1170, na continuação, após negar tutela aos atos violentos e clandestinos: "Embora a posse tenha sido adquirida de modo violento ou clandestino, poder-se-á, não obstante, exercer a ação, decorrido um ano do dia em que a violência ou a clandestinidade cessou."

Na última alínea, o citado art. 1170 contempla uma hipótese que o sistema brasileiro não teve necessidade de especificar: "Mesmo aquele que sofreu um esbulho não violento ou clandestino, pode pedir para ser reintegrado na posse se concorrerem as condições indicadas na alínea precedente."

Em suma, para o CCI e ao contrário do CCB, perdida a posse e transcorrido mais de ano e dia com a coisa nas mãos do esbulhador, encerra-se a via possessória para o antigo possuidor, que somente poderá evitar o usucapião (e recuperar a posse da coisa) mediante os remédios petítórios.

aquisição (art. 1263) e a perda da posse (art. 1267).

Estão elencados, no art. 520, o abandono, a tradição, a perda, destruição ou colocação fora do comércio, a posse de outrem e o constituto possessório, além da

perda da posse de direitos. Fora do capítulo, no parágrafo único do art. 523, há, ainda, o dispositivo interessante, de que o prazo de ano e dia não corre contra o possuidor, que, portanto, não perde a posse, enquanto a defende e procura restabelecer a situação anterior à turbação ou esbulho.

Outro dispositivo, que este sim, encontra similar no CCI é o do art. 522 do CCB, que trata do ausente, frente à clandestinidade. O CCI limita-se a referir a cessação da clandestinidade ou da violência (art. 1170). O CCB assim dispõe: "Só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido."

Ao demais, no art. 521 o CCB trata de coisa móvel ou título ao portador perdidos ou furtados. Podem

ser vindicados, a qualquer momento, pelo antigo possuidor. Este só corre um risco: se o objeto tiver sido comprado em leilão público, feira ou mercado, a entrega fica condicionada a prévio depósito do seu valor de aquisição em favor do atual possuidor.

O CCI atual, conforme dito e nos termos do art. 1155, não segue essa linha: a aquisição legítima e de boa-fé prevalece contra o antigo possuidor, a quem restará o regresso contra quem de direito.

Entre os dois códigos, CCI e CCB, é interessante considerar o que dispõe o Código Português. O CCP (arts. 1299 e 1301) aplica aos móveis não sujeitos a registro o mesmo princípio (de origem germânica) do CCB; quanto aos móveis sujeitos a registro, diferença que faz a exemplo do CCI (art. 1156), estabelece um prazo maior para o usucapião (art. 1298).

Considerações finais

A presente pesquisa foi um exercício de direito comparado, tendo por objeto a posse, nos códigos civis de Itália e Brasil. Aplicou-se, como técnica, o Modelo de Fichamento DCA, de Pasold, adaptado à especificidade do tema e sua delimitação.

Iniciou-se pelo histórico do instituto, nas raízes romanas da separação entre posse e propriedade, e, depois, no laboratório medieval e canônico, em que se definiram as linhas gerais do modelo da tutela interdital adotado pelos códigos civis, a partir do século XIX.

Na seqüência, foram identificados e descritos os dois textos de objeto da pesquisa, e bem assim, elaborado o elenco de temas e subtemas da comparação.

Foram estudados e comparados, assim, os aspectos formais, o conceito, o objeto e a qualificação da posse, além do tratamento dispensado a sua aquisição e perda, aos seus efeitos e às ações específicas.

Comprova-se que, na essência, os dois códigos são iguais: a posse está positivada, basicamente, em função do direito de propriedade, do qual é um instrumento de defesa, inclusive quando ampara, contra o proprietário desidioso, o direito insurgente.

Todavia, isso não impede que avultem sensíveis diferenças entre os códigos examinados, a começar pelos aspectos formais e sistemáticos. O Código Italiano, por exemplo, reúne, além das matérias que se identificam como próprias, no Código brasileiro, mais o Direito do Trabalho e o Direito Comercial; não possui Parte Geral, nem Livro de Direito das Coisas, o que o distancia, em muito, do modelo adotado por Bevilacqua.

No tocante à posse, propriamente dita, pôde-se comprovar que a tradição italiana perfilha-se com a teoria de Savigny, enquanto que o CCB adota a teoria objetiva de Ihering. Disto resulta uma série de diferenças entre os sistemas dos códigos pesquisados, especialmente no que se refere ao tratamento da detenção. No sistema italiano não há que se falar em possuidor direto ou indireto: só há um possuidor e os demais são detentores (aos quais, por exceção legal, é estendida a legitimidade para pleitear a tutela possessória).

Podem ser destacadas, ainda, entre as diferenças de conteúdo, as seguintes: o Código Italiano não prevê a defesa direta da posse, nem o interdito proibitório, ao contrário do Código brasileiro. Não confere, pelo menos na letra expressa, manutenção de posse ao

possuidor de menos de um ano de senhoria (salvo o caso de *sucessio* ou de *accessio possessionis*). Autoriza a defesa da posse de bens públicos de particular contra particular, na ausência de interesse ou manifestação da entidade competente. No Direito brasileiro, os bens públicos estão fora do comércio e não suscetíveis de posse privada.

Estabelece, ainda, o Código italiano, à diferença do brasileiro, que a boa-fé é um atributo que não se perde no correr da relação jurídica, integrando o caráter da posse, tal e qual a ausência de vícios objetivos. E no reverso da medalha, prevê, também, o CCI, a hipótese de modificação unilateral do caráter da posse, por parte do detentor, desde que o possuidor não tome, no tempo hábil, as providências que o Direito lhe oferece.

Outra diferença, muito significativa, é no tocante à posse de bens móveis, perdidos ou furtados: para o Código italiano, será proprietário deles o primeiro que possuir de boa-fé, após o evento da perda, extinguindo-se, por via de consequência, o direito de seqüela do antigo titular. Para o CCB, na linha germânica, somente o usucapião poderá consolidar o direito do novo possuidor.

Na forma como no conteúdo, portanto, o que sobressai, na comparação, é o arcaísmo do Código brasileiro, frente ao oponente, o qual, por seu turno, conforme mencionado, também se desatualizou, em muitos aspectos da propriedade e da posse, frente à Constituição italiana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980. 159 p.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. 2 v.
- _____. *Direito das coisas*. _____. 1976. 899 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. O direito comparado no curso de pós-graduação. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo (76):87-93, 1981.
- DUVERGER, Maurice. *Método de las ciencias sociales*. Trad. Alfonso Sureda. Barcelona: Ariel, s.d. p. 411-36.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 416 p.
- MACKELDEY, F. *Elementos del derecho romano*. Madrid: L. López, 1886. 530 p.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979. 625p.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: evolução histórica*.v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 427p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Da função social do Estado contemporâneo ao estudo político e jurídico de um de seus segmentos: a saúde pública*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1983. 213 p. Tese de Doutorado.
- _____. *Direito comparado aplicado. Seqüência*, Florianópolis, (14):95-9, jul. 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. IV, 332 p.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 2 v. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- PILATI, José Isaac. *O processo administrativo sanitário na Federação Brasileira*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1989. 260 p. Dissertação de Mestrado.
- PRATES, Manoel Pacheco. *Theoria elementar da posse*. São Paulo: Saraiva, 1917. 160p.
- REALE, Miguel. *O projeto de código civil*. São Paulo: Saraiva, 1986. 126 p.
- REZENDE, Astolpho. *As ações possessórias*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1914. 285 p.
- RIBAS, Antônio Joaquim. *Da posse e das ações possessórias*. São Paulo: Miguel Melillo, 1901. 340 p.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3 v. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Acadêmica, s.d. v. 2, 576 p.