

ENSAIO SOBRE A POSSE

CAPITULO I

Direito por que se rege; origem da palavra; noção e diferentes accepções; elementos; definição

§ 1.º

DIREITO POR QUE SE REGE

1. — No fundo, como na fórma, todas as legislações modernas se baseiam sobre o direito romano. (1)

Esta verdade tem sua confirmação principal no instituto da posse, que as leis de quasi todos os povos cultos modelaram, mais ou menos directamente, por aquelle direito. (2)

(1) Jhering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 1.º, § 1., pag. 14.

(2) Galdi, *Codice di Procedura Civile*, vol. 5., n. 505, pag. 214.

A principal alteração é a que consta da seguinte nota do conselheiro Lafayette: «Os Romanos, dando nimia importancia ao elemento material da posse, a consideravam como um estado de facto, extranho aos principios que regulam a aquisição e o exercicio dos direitos.

E' em sentido contrario a tendencia do Direito Moderno, iniciada pelo Direito Canonico, continuada pelos civilistas praticos e fortemente accusada nos codigos promulgados do seculo passado para cá.

Ha manifesto esforço para subordinar a posse, tanto quanto o permite a sua natureza, ao principio do direito.

A lei franceza, por exemplo, só a protege com a acção competente quando perdura pelo menos um anno, e reúne as qualidades para produzir a usucapião. Cod. do Proc. Civil, art. 23; Cod. Civil, art. 2.229 e Zacharias, § 188. Veja igualmente o Cod. Civil do Chile, art. 918 e o Portuguez, art. 488.

Este espirito se manifesta nas modificações que a nossa jurisprudencia tem imposto ao Direito Romano, como adiante se verá.» (*Direito das Cousas*, vol. 1., § 2, nota 1, pag. 10).

Entre nós, ella se rege exclusivamente por elle, porque as Ords. e leis extravagantes são completamente ommissas a respeito, contendo, apenas, alguns dispositivos sobre o uso dos interdictos possessorios. (3)

Devemos, portanto, recorrer ao direito romano (4), adoptando-lhe os principios que estiverem de accordo com a boa razão (5), a qual terá como criterio o uso que do mesmo tiverem feito as nações civilizadas. (6)

2.—Ora, si a theoria da posse é, talvez, a parte mais systematica do direito romano, si é a que tem sido mais aprofundada pelos interpretes (7), é tambem a que tem dado logar a maiores discussões e divergencias, tornando-se, por isso, a questão mais difficil e mais ardua do direito civil moderno. (8)

Com effeito, não se nos deparam, naquelle direito, as generalizações que devem formar os principios constitutivos do instituto; mas, apenas, casos concretos, decididos pelos jurisconsultos, facto este que se filia á sua qualidade de praticos e á tendencia pratica de seus escriptos. (9)

Nós é que analysando os diversos textos, relativos a cada uma das materias, e comparando-os, generalizaremos, delles destacando os elementos uniformes e constantes das decisões, com os quaes faremos a construcção juridica do instituto.

Esta construcção é difficilima, por presuppôr, além de talento e de intuição juridica (10), uma analyse profunda sem a qual incorreremos no erro de que fala Paulo — *non ut ex re-*

(3) Lafayette cit., nota cit.

(4) Ord. do Liv. 3., Tit. 64, pr.

(5) Lei de 18 de agosto de 1769, § 9.; Alvará de 30 de janeiro de 1802, Tit. 1., § 3.

(6) Alv. de 28 de agosto de 1772, Liv. 2., Tit. 5. Cap. 3., §§ 7. e 8.

(7) Lafayette, op. cit., nota 1; Pugliese, *Prescrizione Acquisitiva*, Cap. VII. n. 95. pag. 223.

(8) Savigny, *Traité de la Possession*, § 1., pag. 5; Pugliese, *ibidem*, Dias Ferreira, *Codigo Civil Portuguez*, nota 1 ao § 474. pags. 5 e 7; Clovis Bevilacqua, *Projecto de Codigo Civil, Observações preliminares*, pag. 9; Wodon, *De la Possession*, vol. 1., *Introd.* pag. 6; Boufante, *Diritto Romano*, Cap. XI, pag. 319, em que diz, com razão, que «*il possesso é il campo di battaglia della letteratura romanistica e il terreno di prova di metodi diversi*».

(9) Van Wetter, *Cours de Droit Romain*, vol. 1., § 2.º, pag. 60.

(10) Jhering, *Esprit du Droit Romain*, vol. 3., Liv. 2., Tit. 3.º, nota 32 pag. 62.

gula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat—(11) erro de que elle proprio se não eximiu. (12)

3.—Eis porque, na exegese dos textos relativos á posse, ha varias construcções, dan lo logar, em alguns pontos, a tres escolas — a dos glozadores, a de Savigny e a de Jhering, e, em quasi todos, ás duas ultimas, diametralmente oppostas, como o veremos.

Vamos ensaiar o estudo comparativo dessas escolas, estudo que ainda se não fez entre nós.

Sua utilidade pratica é manifesta: a escola dos glozadores, relativamente á tradição symbolica, ainda é defendida por alguns escriptores (13) e está consagrada em algumas legislações, como no nosso codigo commercial (14); a de Savigny, quer quanto ao *corpus*, quer quanto ao *animus* da posse, é a que ainda hoje predomina na generalidade da doutrina (15) e das legislações (16); a de Jhering, não só porque seus escriptos abalaram profundamente os alicerces da construcção de Savigny (17), como porque sua doutrina, seguida por alguns escriptores (18), já foi adoptada, quanto ao *animus*, pelo Cod.

(11) Dig. Liv. 50. Tit. 17. frg. 1.

(12) Jhering, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, Cap. 13. pags. 228 e seguintes.

(13) Troplong. *De la Vente*, vol. 1.^o, n. 267 e seguintes, pags. 353 e seguintes.

(14) Vide *Cod. Civil Francez*, arts. 1.605 e 1.606; *Cod. Civil Italiano*, art. 1.465; *Cod. Civil do Uruguay*, art. 738; *Nosso Cod. Commercial*, art. 260.

(15) E' a seguida por Puchta, Mühlembruck, Burchardi, Wangerow, Thibaut, Mackeldey, Ziemlacky, Arndts, Unterholzner, Baron, Windscheid, Bruns, Rudorff, Eck Marezoll, Kuntze, Randa, Mainz e muitos outros, como se vê em Dalmau, *La Possession* ns. 27 e 28, pags. 39 a 42 e Ruggieri, *Il Possesso*, vol. 1.^o, § 2^o, pag. 33.

(16) Vide Cornil, *Traité de la Possession*, nota 1 á pag. 28.

(17) Eis o que diz Meulenaere: « Je ne veux pas déflorer ici l'effet que produira la lecture de cet ouvrage dans les pays où la theorie de Savigny est restée la base de la doctrine et de l'enseignement du droit romain en matière de possession. Qu'il me suffise de dire qu'il a produit, en Allemagne, une espece de stupeur, qui, pendant plusieurs mois, a paralysé la critique.

Um des auteurs qui ont pris la plume pour defendre l'arche sainte de la theorie posses-oire le constate.

« Les écrits d'Jhering, dit-il (Kuntze, *Zur Besitzlehre*, Leipzig, 1890) rassemblent á des éclairs. Ils surprennent, ils éblouissent, ils repandent une lumière inattendue sur de vastes espaces, où semblait ne regner que la nuit » (*Du Rôle de la Volonté. cit.*, *Avant Propos*, pags. 1 e 11).

(18) C. Appleton, *De La Possession et des Actions Possessoires*; D. Wermond, *La Possession en Droit Romain*; G. Cornil, *Traité de la Possession*; Segovia, *Cod. Civil Argentino*, nota 1.866, ao art. 2.351 e outros.

Allemão (19), pelo do Cantão de Zurick (20), pelo Projecto do Codigo Hungaro (21), pelo Ante-projecto do Cod. Civil Suisso (22) e, *in totum*, pelo nosso Projecto de Codigo Civil, em discussão no Senado. (23)

§ 2.º

ORIGEM DA PALAVRA

1.—E' das mais discutidas a etymologia das palavras *possidere* e *possessio*, estando ainda a questão muito longe de ser definitivamente resolvida. (1)

Quatro são as principaes opiniões a respeito:

1.^a), a dos que affirmam que ellas se derivam de *pedes ponere* e *pedum positio*, opinião que se funda no Dig., Liv. 41, Tit. 2.^o, frg. 1.^o, pr.: «*Possessio appellata est ut Labeo ait, a pedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.*»; (2)

2.^a), a dos que,—firmando-se no mesmo texto supra, mas como se encontra na edição de Florença, em que a palavra

(19) Art. 854: La possession d'une chose s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait sur cette chose ». De accordo com as explicações dadas ao Reichstag, em 1896, «le Code accorde la protection possessoire sans distinguer si la possession repose sur un rapport juridique réel ou obligatoire, ni si l'on possède comme propriétaire ou non » (*Cod. Civil Allemão, Traducção de Meulenaere*, pag. 229).

(20) Art. 64: «L'acquisition de la possession est subordonnée, en principe, à deux conditions:

- 1.ª La manifestation d'un pouvoir matériel sur la chose;
- 2.ª La volonté d'exercer ce pouvoir dans son propre intérêt.

(21) § 505: «Acquiert la possession d'un chose, par un acte unilatéral, celui qui obtient le pouvoir de fait sur la chose ».

(22) Art. 961: «Celui qui tient une chose en sa puissance en a la possession ».

(23) Arts. 565 e 601: « Como quer que seja, a noção de posse contida nos arts. 565 e 601 do *Projecto* é extrahida da doutrina de Jhering. » (Clovis Bevilacqua, *Projecto do Codigo Civil, Observações preliminares*, pag. 20).

(1) Dalmau, cit., § 1.^o, pag. 2.

(2) E' a opinião de quasi todos os auctores antigos, e que foi admittida por Dom Affonso, o Sabio, em suas Partidas, lei 1.^a, Titulo 30, Partida 3.^a: Possession tanto quiere decir como ponimiento de piés. Segun dijeron los sabios antiguos, es tenencia derecha que ha home en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimento. » (Dalmau cit., n. 2, pags. 3 a 5).

pedibus está substituída por *sedibus*—dizem que ellas se originam de *sedes ponere* e *sedium positio*; (3)

3.^a), a dos que as filiam ao verbo *posse*—poder; (4)

4.^a), a dos que, finalmente, ensinam que ellas se compõem de *pos* ante-posto a *sedere* e *sessio*. (5).

Pos, *pot*, ou *po* é, para uns, prefixo de reforço, que serve para accentuar o vigor ou insistencia com que se pratica o acto expresso pela palavra a que se junta (6); é, para outros, uma preposição de logar, que significa—junto de, perto de, ao lado de. (7)

2.—Esta ultima opinião é a que parece preferivel:

a), por ser a mais racional, visto explicar naturalmente a formação das palavras, sem augmento, diminuição ou mudança de letra alguma em *possessio*, formada de *pos* + *sessio*.

Em *possidere* o *e* de *sedere* mudou-se em *i*, de accordo com a lei do *abrandamento*. (8);

(3) « Muito pouco conhecida dos antigos interpretes, admittiram-na quasi todos os modernos. Poderíamos, sem embargo, encontrar nelles uma differença; pois si, para uns, a palavra significa posição de assento, *positio sedium*, e, para outros, equivalente a *positio* sómente, como Brisonius, Ramos de Manção, Heineccio e com elles Valla — de *posse sedere* » (Dalmau, cit., § 1.^o, n. 4, pag. 5); Windscheid, *Pandectas*, § 148, nota 1, pag. 31.

(4) Dalmau cit., n. 5, pag. 7; Ortolan, Machelard, Appleton e Accarias, por elle citados no mesmo numero. C. Consolo, « Trattato del Posse o », cap. 2.^o, n. 39, pag. 102.

(5) Jhering, *Esprit du Droit Romain*, vol. 3.^o, nota 342, pag. 264; *Du Rôle de la Volonté*, cit., pag. 23; Molitor, *Possession en droit Romain*, n. 8, pag. 18; Ruggiere, *op. cit.*, § 39, vol. 1.^o, pag. 58; Cornil, *op. cit.*, § 1.^o, pag. 1; Bruns e Littré, citados por Dalmau, *op. cit.*, n. 4, pag. 6.

(6) Escriutores citados na nota anterior.

(7) Giulio Capone, *Archivio Giuridico Italiano*, vol. 50, pag. 563; Vaniček e Grimm, citados por Dalmau, *op. cit.*, n. 4, pags. 6 e 7.

(8) As vogaes, como as consoantes, estão subordinadas, nas suas mutações, ás leis do *abrandamento* e do *reforço*, fliando-se ambas á lei geral da *corrupção phonetica*. (Darmsteter, *La Vie des Mots* pag. 8; Leoni, *Genio da Lingua Portuguesa*, vol. 1.^o, Tit. 1.^o Cap. 1.^o, pags. 2).

O *abrandamento* exprime o phenomeno do enfraquecimento dos valores phoneticos das palavras, resumindo-se no seguinte aphorismo: todo o som forte tende a mudar-se em fraco (João Ribeiro, *Diccionario Grammatical*, pags. 6).

Na constituição do lexico latino o *abrandamento* das vogaes era frequentissimo, tanto em vocabulos simples, com em compostos, dando-se quasi sempre por influencia de outras letras havendo uma especie de afinidade entre certas consoantes e certas vogaes.

Assim era que as vogaes, em geral, se abrandavam em *i*, mórmente, antes das dentaes — *n*, *s*, *t*, *d*. — (Guardia et Wierzeyski, *Grammaire de la Langue Latine* pags. 61).

b), porque esta etymologia se accentúa nas linguas néo-latinas (9), bem como no allemão, no flamengo, no dinamarquez e no sueco. (10)

Não eram raras, nos verbos, as transformações de *e* em *i*, como se verifica pelos seguintes especimens :

col (cum)	+	lego	=	colligo,
di (dis)	+	lego	=	diligo,
inter	+	lego	=	intelligo,
ad	+	sedere	=	assidere,
con (cum)	+	sedere	=	considerere,
inter	+	emere	=	interimere,
e, por conseguinte,	+	sedere	=	possidere.

(9) No antigo portuguez — *posseder, possessão* ; em francez — *posséder, possession* ; em italiano — *possedere possesso* ; em hespanhol *posser, posesion* ; em provençal — *possidere, possessio*.

(10) No allemão — *besitzen* ; no flamengo — *bezitten* ; no dinamarquez — *besiddelse* e no sueco — *besittning*. Nestas palavras o prefixo *be* tem a mesma significação de reforço de *pos* (Molitor e Ruggieri, citados na nota 5; Dalmau, *op. cit.*, n. 6, pags. 11 e 12; A. Carpentier, *Répert du Dr. Fr.*, vol 30, pag. 880, n. 628).

Dalmau (Ramon de Dalmau y de Olivart, Marquès de Olivart) na obra citada (trabalho que, no dizer de Windscheid, honra a jurisprudencia hespanhola; *Pandectas*, § 148, nota 6, pags. 36, aceita a 3.ª opinião supra, dizendo que « con menos tradicion y analogia con la de otras lenguas, es la más conforme á razon, la más natural, y que por sua generalidad no solo ès aplicable á todas las clases de posesion que reconoce el derecho, sino aun á los diferentes conceptos para los que el uso de las lenguas la ha admitido » (Op. cit., § 1.º, n. 5, pags. 7).

Não vemos, e o auctor não o mostra, como essa opinião seja a mais conforme á razão e a mais natural, desde que não podemos explicar os suffixos - *ssio* e *dere*. Como, de facto, explical-os?

Dalmau limita-se a dizer que « nósoutros cremos que el *sessio* es sólo mera terminacion » (n. 5, pags. 8), o que nada explica.

Tanto é isso verdade, que elle mesmo continúa, dizendo: « pero aunque viniese de *sedere*, envolveria sólo una idea accidental, existiendo el valor y fuerza determinante de la palabra en el *to* » (n. 5, pags. 8), o que em nada enfraquece a quarta opinião.

Essa terceira opinião até vem a redundar na quarta, por nós aceita; porque o verbo *posse* é composto exactamente de *pot* ou *pos* ou *potis* e *esse*, como o ensinam todos os lexicographos.

Referindo-se ainda á quarta opinião diz Dalmau:

« A estas etimologias equivocadas debese el concepto erróneo de la posesion, ya en su extension, ya en sus cualidades. Aferrados los Romanos en la idea de la brutal apprehension material, que exige el *sedere* ó *pedium positio*, desconocieron la tradicion simbolica, la posesion de derechos, y llegaron á dudar si era admisible en las cosas muebles (Accursio, citado por Valentia (l. c.) fundando-se en la etimologia a *pedibus* lo negó, por lo que el primero se ocupa muy seriamente en refutarle!) teoria quizá muy romanista, pero completamente apartada de la pura nocion de la filosofia del derecho » (§ 1.º, n. 4, nota 38, pags. 7).

Nenhuma dessas proposições é verdadeira:

a), o conceito erroneo da posse, já em sua extensão, já em suas qualidades, não proveio, de modo algum, da etymologia da palavra, com a qual nenhum escriptor argumenta, ao estabelecer tal conceito, mas de generalizações erradas dos principios contidos nas fontes, segundo o mostraremos no estudo dos elementos da posse, como o fazem certo Savigny, refutando os escriptores anteriores, e Jhering, igualmente o rebatendo;

§ 3.º

NOÇÃO DA POSSE

1.—A ideia geral, contida em qualquer das etymologias do paragrapho anterior, é a de uma relação de facto entre uma pessoa e uma cousa, de modo a poder utilizar-se da mesma: têt-a debaixo dos pés (*pedum positio*) ou do assento (*sedium positio*), exercer um poder sobre ella (*posse*), conserval-a junto ou perto de si (*pos sedere*).

E' tambem a ideia predominante nas differentes definições da posse, por mais divergentes que sejam no fundo e na fôrma:—todas admittem que uma pessoa se acha de posse de uma cousa, quando tem a faculdade de dispôr physicamente da mesma e de defendel-a contra as aggressões de terceiros (1), podendo assim della se utilizar.

b), Si os Romanos desconheceram a tradição symbolica (o que os glossadores contestam, como veremos, e como se vê em Savigny, *Posse*, § 14), é porque o symbolismo é exclusivo do *jus civile*, ao passo que a posse se filia ao *jus naturale vel gentium* (Savigny, *op. cit.*, § 12 pags. 183);

c), Nunca os Romanos desconheceram a posse de direitos.

No direito moderno temos, como desmentido formal, a *juris possessio* ou *quasi possessio*, como é mais que corrente; no direito antigo eis a lição de Garsonnet:

« On sait que cette antithèse entre la détention d'une chose et l'exercice d'un droit vient du droit romain. Il paraît que très anciennement les choses incorporelles y étaient susceptibles de possession, aussi bien que les choses corporelles, puisque la loi Scribonia vint, on ne sait au juste à quelle époque, mais sans doute à la fin de la République, prohiber l'usucapion des servitudes, c'est-à-dire, leur acquisition par la possession prolongée (Dig. f. g. 4, § 29. *De usurp. et usuc.* XLI, III; Unterholzner, *Verjaehrungslehre* (Berlin, 1815) pags. 5 Plus tard la législation changea et il fut de règle qu'on ne possède que les choses corporelles (Dig., frg. 3.º, pr., *De adq. vel am. poss.* XLI, II) Cette maxime, encore en vigueur au temps d'Auguste, céda à son tour devant les progrès du droit, et nous savons par Javolenus, qui écrivait sous le règne de Trajan, qu'on admit pour les choses incorporelles, à défaut de la possession proprement dite, qu'excluaient les principes de droit, une *quasi possessio* ou *possessio juris*, qui produisait à peu près les mêmes effets (Dig., frg. 20, *De serv.*, VIII, I). »

(*Traité de procédure*, vol. 1.º, § CXXX nota 5, pags. 535 e 536).

a), Nunca foi objecto de duvida, entre os juriconsultos romanos, serem as cousas moveis susceptiveis da posse: basta citar os dois tão conhecidos fragmentos de Paulo e Papiniano: « *Nerva filius RES MOBILES, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, HACTENUS POSSIDERI* (Dig., Liv. 41, Tit. 2.º f. g. 3.º, § 13); « *RERUM MOBILIIUM neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, VETERIS POSSESSIONS damnum adfere consuevit.* » (Dig. cit., frg. 47).

As duvidas de Acursio não podem, é claro, ser attribuidas aos juriconsultos romanos, como o faz Dalmau.

(1) Savigny, *op. cit.*, § 1.º, pag. 6; Ruggieri, *op. cit.*, § 1.º, pag. 10.

2.—Essa faculdade, porém, só constitue a posse, quando se faz abstracção de saber si a pessoa tem ou não o direito de a exercer; pois, si o tiver, constituirá o dominio.

A posse e o dominio têm, assim, dois elementos communs—a vontade da pessoa e uma cousa submettida a essa vontade.

O dominio, porém, exige mais um elemento: — que a cousa tenha sido submettida á nossa vontade de uma maneira reconhecida e garantida pela lei. (2)

E' esse o caracteristico differencial entre os dois institutos: a posse é o poder de facto; o dominio, o de direito. (3)

Devido, porém, aos dois elementos communs, são identicas as apparencias da posse e do dominio, visto que, em ambos, só se vê a sujeição da cousa á vontade humana, não podendo os actos reveladores de tal sujeição manifestar a presença ou ausencia do principio juridico. (4)

(2) Maynz, *Droit Romain*, vol. 1.^o, § 80, pags. 628, 4.^a edição.

(3) Savigny, *op. cit.*, § 1.^o, pags. 7; Jhering, *Theoria Simplificada da Posse*, cap. 1.^o, pags. 93 e 94 das *Questões de Direito Civil*, traducção de Adherbal de Carvalho.

(4) Ribas, *Ações Possessorias*, § 1.^o, pag. 2; Maynz, *op. cit.*, § 80, *Observat.*, pags. 631:

«Em sua manifestação exterior e aparente, a propriedade e a posse podem confundir-se, pois a posse não é mais que o exercicio dos poderes que se acham contidos no direito de propriedade.

O proprietario tem o direito de ter a posse da cousa que lhe pertence; pôde, porém, acontecer que de facto elle o não tenha.

Attendendo a essas considerações, nunca nos exporemos a confundir os termos *jus possessionis* e o direito de possuir que se pôde chamar *jus possidendi*.

Por *jus possessionis* entendem os Romanos o simples facto da posse, considerado sob o ponto de vista das vantagens legaes que elle procura; o *jus possidendi* só pertence a quem tem o direito de ter a cousa.

Assim o ladrão tem o *jus possessionis*, isto é, elle pôde prevalecer-se dos interdictos possessorios pelo simples facto de ter a cousa com a intenção de a ter. Ao contrario, o proprietario tem o *jus possidendi*, mesmo que seja privado da cousa, salvo si em um caso dado, este direito tiver sido, por sua vontade (por exemplo, si elle tiver concedido um direito de penhor, de emphyteuse) ou pela auctoridade judiciaria (nos casos de immissão na posse, de que trata o § 70, notas 42 e seguintes) concedido a outra pessoa».

Windscheid, Ruggieri e Meischer contestam a proposição supra de Maynz, em que elle affirma, como o fazem outros escriptores, que a posse é o exercicio da propriedade:

«A posse, diz Windscheid, é a imagem de facto da propriedade; o mesmo conteúdo da vontade, que, reconhecido juridicamente, constitue a propriedade, constitue a posse, enquanto se exercite de facto. Mas nem por isso se pôde, como o fazem alguns, denominar a posse o exercicio da pro-

3. — Eis porque, na linguagem commum, se confundem as duas noções, que a technica juridica tão nitidamente extrema: fala o homem do povo em aquisição, conservação e perda da posse, quando, entretanto, quer se referir á propriedade e vice-versa. (5)

O mesmo phenomeno já se observa entre os Romanos, que empregavam *possessio* por *proprietas* e *possessor* por *dominus*. (6)

Essa confusão provém, alem da identidade de apparencias, — de que, em regra, o proprietario é possuidor e, emquanto subsiste essa relação normal, é inutil a distincção entre os dois institutos. (7)

Desde o momento, porém, em que a posse se separe da propriedade, esta distincção torna-se tão perfeita, o contraste tão evidente, que não escapará ao proprio leigo.

O simples bom senso mostrar-lhe-á logo que a subtracção violenta da cousa não tira ao proprietario o seu poder de direito, poder que está sendo, *de facto*, exercido pelo subtractor: o facto e o direito—tal a antithese a que se reduz a distincção entre a propriedade e a posse.

Si ambas se podem achar com o proprietario, podem tambem estar separadas, ou porque elle transferiu a posse a outrem, ou porque ella lhe foi tirada contra sua vontade.

riedade; pois a propriedade póde ser exercida de qualquer outro modo, sem ser mediante a posse, por exemplo, com a destruição da cousa» (*Pandectas*, § 149, nota 5, pag 41, traducção de Fadda e Bensa), «sua venda, consumo e outros actos semelhantes» (Ruggieri, *op. cit.*, § 10, pags. 22, citando, em a nota 2, Meischeider *Besitz*, pags. 16, n. 1).

Parece-nos que estes civilistas não têm razão:

a) porque Mainz e os outros escriptores não dizem que a posse seja o unico modo pelo qual a propriedade se exerce, mas o modo normal, como— cercar o terreno, cultivar-o, cortar arvores, etc. (Lafayette, *op. cit.*, nota 7.ª, pags. 12);

b) porque, mesmo que assim não fosse, tambem o possuidor, sem ter a propriedade, póde praticar esses outros actos de que não falam Windscheid e Ruggieri—a destruição, consumo ou venda da cousa—e, fazendo-o, *exercerá, de facto, os direitos do proprietario*.

(5) Jhering, *Theoria Simplificada da Posse*, citada, cap. 1.º, pags. 93.

(6) Jhering, *ibidem e Fondement des Interdits Possessoires*, Cap. VII, n. 6, pag. 76; Savigny, *op. cit.*, § 8.º, pags 87 e 88.

(7) Jhering, *Theoria cit.*, pag. 94; *Pandectes Françaises*, tomo 45, verb. *Prescription Civile*, n. 122, pag. 517.

No primeiro caso, a posse será justa (*possessio justa*), devendo o proprio proprietario respeitá-la; no segundo, porém, injusta (*possessio injusta*), podendo elle recuperá-la pela acção competente, faculdade essa que constitue o *jus possidendi*.

Salvo elle, porém, todos os mais são obrigados a respeitar o poder *de facto* do possuidor, e, si o não fizerem, poderá elle intentar as acções tendentes á defesa de sua posse, faculdade essa que constitue o *jus possessionis*. (8)

E', assim, a posse, na sua accepção technica, o fundamento de um direito — o direito que tem todo o possuidor de se prevalecer de sua relação possessoria, até encontrar quem della o remova, apresentando a prova do seu *jus possidendi*. (9)

4. — A palavra, porém, emprega-se ainda nas seguintes accepções :

a), como objecto de um direito, o conteúdo do *jus possidendi*, de que falamos supra, o qual é indispensavel á utilização economica da propriedade, que, sem tal direito, não teria valor algum.

Com effeito, essa utilização consiste no *uti, frui et consumere*, que o proprietario realiza, ou por si mesmo, ou por outrem, cedendo-lhe esse direito, já a titulo oneroso (*emphyteuse*, arrendamento, penhor), já a titulo gratuito (*emprestimo*, doação).

Ora sem ter o objecto em seu poder e delle dispôr, tal utilização seria impossivel, como é intuitivo.

Eis porque o direito romano protegeu esse direito com a *reivindicatio*, que mais tarde se extendeu, como *utilis vindicatio* ou *in rem actio*, ás pessoas ás quaes o proprietario havia cedido similhante utilização, sem se despojar da propriedade (*emphyteusis* e *superficies*) e, como *publicana in rem actio*, á propriedade putativa; (10)

b), como condição de aquisição de um direito—o de propriedade: esta, no direito romano, como no nosso, não se transferia, em regra, de uma a outra pessoa, sem que a posse do objecto lhe fosse transferida (*traditio*); tambem não se pôde ad-

(8) Jhering, *Theoria cit.*, Cap. 1.º, pags. 93 a 95.

(9) *Ibidem*, Cap. 3.º, pag. 104.

(10) *Ibidem*, pags. 93 a 100.

quirir a propriedade de uma *res nullius* sem a posse dessa coisa (*occupatio*), posse que é, igualmente, exigida para a *fructuum perceptio*; (11)

c), como o exercício ou gozo de um direito : assim se diz estar na *posse* do estado de filho aquelle que é tido e havido como tal ; (12)

d), como o acto pelo qual um funcionario se compromette solemnemente a bem cumprir as funcções do cargo para que foi eleito ou nomeado. (13)

Note-se, porém, para evitar graves erros, que não é nestas quatro ultimas accepções, mas sómente na primeira, que é a *technica*, que estudamos a posse.

§ 4.º

ELEMENTOS DA POSSE

I.—Como decorre da noção da posse, ella é sempre uma resultante de duas condições—a vontade e a coisa sobre que esta se exerce, de modo a poder della se utilizar. (1)

E' ponto este sobre o qual se acham accordes todos os civilistas : não haverá posse, apesar do proprio contacto material com a coisa, si este não fôr um acto da vontade, determinado pelo interesse de se utilizar da mesma coisa, acto este a que os romanistas chamam—*affectio tenendi*,—haverá uma sim-

(11) Ididem, pags. 101 a 103.

(12) Lafayette, *op. cit.* § 16, nota 7, pags. 52 e 53, em que cita *Direitos de Familia*, § 108 ; Ord. do Liv. 2.º, Tit. 27, § 3.º e Tit. 46, § 56; Liv. 4.º, Tit. 43, § 13 ; Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.º, § 453, pags. 706, citando o Dig. Liv. 3.º, Tit. 3.º, frg. 33, § 3.º : «*ex-possessione libertatis*» ; Liv. 22, Tit. 3.º, frg. 14 ; «*in possessionem libertatis*» ; Cod., Liv. 7.º, Tit. 17, const. 1.ª : «*si ex possessione libertatis*».

(13) Nesse sentido é a palavra empregada na Const. Federal, art. 41 ; na deste Estado, art. 31, n. 7 e art. 52 ; e em nossas leis, como entre outras, na deste Estado, n. 375, de 19 de setembro de 1903, art. 125. e no Dec. Federal, n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, art. 15, letra c.

(1) Jhering, *Du Rôle de la Volonté* cit., cap. 3.º, pags. 17 a 35 ; Windscheid. *Pandectas*, § 153, nota 1.ª, pags. 52.

ples justaposição local (2), absolutamente indiferente ao direito, por não produzir consequencia alguma juridica. (3)

A essas duas condições chamam os interpretes—elementos da posse—, e, firmando-se no Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 3.º, § 1.º: «*Adipiscimur possessionem CORPORE ET ANIMO, neque per SE CORPORE aut per se ANIMO*», denominam esses elementos *corpus* e *animus*, designando a primeira palavra o elemento material, e a segunda o moral.

Assim, pois, é dessas expressões que nos serviremos neste ensaio, por já se acharem consagradas na moderna technologia possessoria.

2.— Faremos, porém, as duas seguintes observações :

1.ª) As fontes nunca empregam os termos *corpus possessionis*, ligando ao primeiro a significação de elemento substancial da posse. Com effeito, em relação a esta, o vocabulo *corpus* só se encontra em genitivo e ablativo : em genitivo, na expressão *corporis possessio*, que designa a posse de uma coisa corporea em opposição á de um direito—*possessio juris* ; em ablativo, nas locuções *corpore adquirere possessionem*, *corpore possidere*, como no texto supra de Paulo, em que o ablativo está empregado adverbialmente, na accepção de *corporaliter*, tratando-se, não do *corpus possessionis*, mas do corpo do possuidor.

(2) Ihering, *op. cit.*, cap. 13. pags. 18 e 19 ; Savigny, *op. cit.*, appendice, n. 2, pags. 568 e 569. E' o que diz Paulo, no frg. 1.º, § 3.º do Dig., Liv. 41, Tit. 2.º :

«*Furiosus et pupillus, sine tutoris auctoritate, incipere possidere non potest, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant ; sicut si quis aliquid dormienti in manibus ponat.*»

Firmando-se nesse texto, ensina Donellus que :

«*Nam tenere et possidere non est corpore rem contingere, sed ita attingere ut affectionem tenendi habeas. In quo haec affectio aperte non est, non possidet, non tenet, etiamsi corpore toto rem contingat.*» (*Commentarii Juris Civilis*, vol. 1.º, Cap. 13, n. 4.º, pag. 1059).

E' frisante o seguinte exemplo de Bruns : «Eis um lenheiro que, de machado em punho, entra em uma floresta. Todas as arvores, em summa, se acham expostas a cair debaixo de seus golpes. Dizeis, por isso, que elle adquiriu, relativamente a todas as arvores da floresta, o *corpus* destinado a tornal-o possuidor das mesmas ?

Evidentemente não : isto só se dará em relação ás arvores que elle abater com seu machado, pois só a respeito destas é que terá manifestado a vontade de submettel-as a seu poder physico. (*Du droit de la possession au moyen âge et dans les temps modernes*, pags. 467).

(3) Windscheid. *Panlectas*, § 148, pags. 33.

E' o que attestam claramente as passagens que oppõem a posse que é adquirida *corpore nostro* á que é *corpore alieno*: exactamente nesse sentido é que se diz que o reu, na *actio legis aquiliae*, deve ter causado o *damno corpore suo*. (4)

Trata-se, pois, de um termo extranho á technica dos jurisconsultos romanos. (5).

2.^a) Da decomposição da posse em dois elementos parece resultar que elles são completamente independentes, podendo existir um sem o outro, o que não é exacto, porquanto o *corpus* não póde existir sem o *animus* e vice-versa.

Ambos os elementos, com effeito, nascem, ao mesmo tempo, com o facto da vontade se incorporar exteriormente na cousa.

Emquanto essa incorporação se não dá, a vontade não se realiza e é, portanto, inexistente para o mundo exterior.

O *corpus* tambem não póde existir preliminarmente ao *animus*, visto não ser mais que a realização desse *animus*.

Não são, pois, dois elementos independentes um do outro: o *corpus* é o facto da vontade, realizando-se sobre o objecto, não podendo, portanto, existir antes della; a vontade, por sua vez, só existe, quando se realiza nesse *corpus*. E' identico o phenomeno que se dá entre a palavra e o pensamento expresso por ella: a palavra não existe antes do pensamento, como este tambem não existe, para o mundo exterior, antes da palavra por que se revela. (6)

(4) Inst. Liv. IV, Tit. 13, frg. 16.

(5) Jhering *op. cit.*, Cap. 3.^o, pags. 29 e 30; Cornil, *op. cit.*, Cap. 2.^o, pags. 21 e 22.

(6) Cornil, *op. cit.*, pags. 22 e 23; Jhering, *op. cit.*, pags. 30 e 31, concluindo nesta: «La possession n'est donc pas la simple réunion du *corpus* e de l'*animus*, ce qui impliquerait pour chacune de ces deux conditions une *existence préalable*, mais le *corpus* est le fait de la volonté; il n'existe plus dans le passé que le mot avant qu'il ne soit prononcé. Le *corpus* e l'*animus* sont entre eux comme la parole et la pensée. Dans la parole s'incorpore la pensée restée jusqu'à ce moment purement interne; dans le *corpus* s'incorpore la volonté restée jusqu'à ce moment purement interieure; aucune des deux n'existe avant ce moment pour la perception. La juxtaposition locale n'a d'autre importance que d'être la condition indispensable de la realization de la volonté de posséder, mais elle ne devient le *corpus* qu'au moment ou la volonté lui imprime le sceau du rapport possesseur»

E' identico o pensamento de Windscheid: «La potestà di fatto debe essere l'espressione della volontà d'appropriamento. Non basta la coesis-

3.—Que são, porém, o *corpus* e o *animus* da posse ?

Quanto á primeira questão, divergem profundamente as tres escolas :

Para os glosadores o *corpus* consiste no contacto material com o objecto da posse, ou em actos symbolicos, representativos desse contacto, (7), como a entrega das chaves da casa ou caixa em que se acha o objecto, a dos titulos de propriedade do mesmo, a inscripção sobre elle de alguma marca ou signal e outros actos semelhantes ; (8)

Para a escola de Savigny, elle é a faculdade real e immediata de dispôr physicamente do objecto e de defendel-o contra as aggressões de terceiros ; (9)

Para Jhering, é a relação exterior que existe normalmente entre o proprietario e a coisa, ou o facto que constitue a exterioridade, a visibilidade da propriedade, quer dizer, o facto da pessoa proceder em relação á coisa, como procederia normalmente o proprietario da mesma, de sorte que a todos se exteriorize ou se faça visivel como proprietario—*qui omnia, ut dominus, facit.* (10)

4. — Essa mesma divergencia nota-se em relação ao *animus*.

Com effeito, para muitos dos antigos glosadores, elle é a intenção de ter a coisa para si—*animus rem sibi habendi* (11); para muitos outros é a intenção de dono ou proprietario da coisa—*animus domini* (12), opinião essa que foi adoptada por

tenza della potestà di fatto e della volontà d'appropriamento ; é necessario un rapporto fra esse. La volontà d'appropriamento debbe essere rivolta alla cosa, come a quella che si trova nella potestà di fatto. Cfr. specialmente Pininski (nota 2) pags. 88, seguintes e 152 e seguintes. (Op. cit., § 153, nota 1.^a, pags. 52).

(7) Savigny, *op. cit.*, § 14, pags. 181 ; Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 4.^o, pags. 14 e 15 ; Lafayette, *op. cit.*, § 10, nota 2, pags. 29.

(8) Troplong, *De la Vente*, n. 267, pags. 354 e 355 ; Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De La Prescription*, n. 220, pags. 131 ; Cod. do Comm., art. 200.

(9) *Op. cit.*, §§ 14, pags. 185 e 18, pags. 213.

(10) *Fondement des Interdits Possessoires*, Caps. XI e XII, pags. 159 a 197 ; *Cod. Civil Alemão*, traducção de Meulenaere, appendice, pags. 711 a 718 ; *Theoria simplificada da posse*, cit. pags. 137 a 147.

(11) Dalmau, *op. cit.*, n. 24, pags. 35 e 36 ; Ruggieri, *op. cit.* § 4.^o, pags. 14 e 15.

(12) Dalmau, *op. cit.*, n. 25, pags. 37 e 38 ; Ruggieri, *op. cit.*, § 5.^o, pags. 15 e 16.

Savigny (13), não se confundindo, porém, tal intenção com a convicção do possuidor de ser, na realidade, proprietário—*opinio seu cogitatio domini*, que não é necessária. (14)

Essa é a opinião dominante na doutrina e nas legislações. (15)

Para Jhering esse *animus* é, apenas, a *affectio tenendi*, inherente ao *corpus*, isto é, a vontade de proceder, em relação á cousa, como normalmente procede o proprietário, de se exteriorizar ou se tornar visível, como tal. (16)

E' a doutrina já seguida por alguns escriptores e poucas legislações. (17)

5.—De accordo com a escola de Savigny, o *corpus*, unido á *affectio tenendi*, que lhe é essencial, apenas produz o que, na technica possessoria, se chama—detenção, ao passo que a posse é uma resultante desta, unida ao *animus domini*, que é o traço de separação entre ambas.

Para Jhering a differença é outra : haverá posse, sempre que houver o *corpus* e a *affectio tenendi* ; quando, porém, apesar da co-existencia dessas condições, um dispositivo legal negar a posse em alguma hypothese, haverá a simples detenção, que será excepcional.

Por caractéres algebricos, elle mostra claramente a differença entre a sua escola, que denomina objectiva, e a de Savigny, que denomina subjectiva.

(13) *Op. cit.*, §§ 9.º e 20.º, pags. 91 a 122 e 221 a 231 ; Lafayette, *op. cit.*, § 3.º, n. 2, pags. 15 ; Ribas, *Acções Possessorias*, § 3.º, pag. 12.

(14) Savigny, *op. cit.*, §§ 9.º e 20, pags. 91 e 221 ; Donellus, *op. cit.*, vol. 1.º, liv. 5.º, Cap. 6.º, n. 5.º, pags 987 : « *Notandum non exigere nos ad possessionem ut quis teneat OPINI NE DOMINI, sed solum ut domini affectu. Quod eo spectat ut declaretur sive quis ita rem accipiat, ut se dominum fieri putet, ut bonae fidei possessor, sine hoc animo est ut vel t se dominum esse, aut se pro domino gerat, quamvis nulla ex causa, aut ex injusta rem teneat, utrumque pariter possidere* » Savigny apresenta o exemplo do ladrão que tem posse, e, entretanto, absolutamente não tem e nem pode ter a convicção de ser proprietário da cousa, embora o queira ser (§ 20, cit., pag. 221).

(15) *Vide* § 1.º, notas 15 e 16.

(16) *Du Rôle de la Volonté, cit.*, in totum e especialmente Cap. 5.º, pags. 45 a 69 ; Wermond. *De La Possession en Droit Romain*, secção II, pags. 79 a 122 ; Cornil, *op. cit.*, Cap. 2.º pags. 21 a 47.

(17) *Vide* notas 18 a 23 do § 1.º;

Si chamarmos á posse — P. ao corpus — C, á *affectio tenendi* — A, ao *animus domini* — a —, á detenção — D, e á negação legal da posse — N, teremos :

Escola de Savigny :

$$\begin{aligned} P &= C + A + a \\ D &= C + A \end{aligned}$$

Escola de Jhering :

$$\begin{aligned} P &= C + A \\ D &= C + A + N \quad (18) \end{aligned}$$

§ 5º

DEFINIÇÃO DA POSSE

1. — Sendo a posse, como o dissemos, uma resultante do *corpus* e do *animus*, a divergencia que acabamos de mostrar quanto á caracterização desses elementos, necessariamente reflectirá na definição da mesma.

2. — Assim é que, de accordo com alguns dos antigos glosadores, a definiremos — o contacto material com a coisa com a intenção de a ter para si (1); com muitos outros — o contacto material com a coisa com a intenção de dono (2); com Savigny — a faculdade real e immediata de dispôr physicamente do objecto, com a intenção de dono, e de defendel-o contra as aggressões de terceiros (3); finalmente, com Jhering — o facto da pessoa proceder, intencionalmente, em relação á coisa, como normalmente procede o proprietario, ou, em resumo, a exterioridade ou visibilidade da propriedade. (4)

3. — Esta é que é a verdadeira definição, como o demonstraremos, quando, tratando da aquisição da posse, analysarmos os seus elementos.

(18) *Du Rôlé de la Volonté* cit., cap. 5.º, pags. 45 e 46.

Jhering denomina objectiva a sua escola, porque ella dá, como traço differencial entre a posse e a detenção, uma disposição de direito positivo; subjectiva — a de Savigny, por assentar essa differença apenas na vontade do possuidor. (Vide *op. cit.*, cap. 11, pag. 6).

(1) Vide escriptores citados, no § 4.º, notas 7 e 11.

(2) Vide *ibidem*, notas 7 a 12.

(3) Vide *ibidem*, notas 9 a 13.

(4) Vide *ibidem*, notas 10 a 16.