

CAPITULO III

Da natureza jurídica da posse

§ 1.º

CONTROVERSIA A RESPEITO

I. — Uma das questões mais controvertidas da theoria da posse é a que se refere á sua natureza jurídica. (1)

Os jurisconsultos romanos caracterizam-n'a, ora como um facto (2), ora como um direito (3), ora como um facto e um direito simultaneamente. (4)

(1) Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.º, § 66, pag. 92; Troplong, *op. cit.*, tomo 1.º, n. 233 pag. 374; Windscheid, *op. cit.*, § 150 e nota 1, pag. 43.

(2) Paulo, no Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 4.º : « *res FACTI* » : Ulpiano, *ibidem*, frg. 29 : « *quod est enim facti* » : Tryphonino, *ibidem*, Liv. 49, Tit. 15, frg. 12, § 2.º ; « *FACTI autem cause* » ; Pomponio, *ibidem*, Liv. 8.º, Tit. 5.ª, frg. 2.º, § 3.º : « *DE FACTO, ut in hoc interdicto queritur* » e Javoleno, *que, ibidem*, Liv. 41, Tit. 2.º, frag. 23, princ. e § 1.º, exclue a posse de OMNIA JURA : « *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt : POSSESSIO TAMEN, nisi naturaliter comprehensa, AD NOS NON PERTINET* » : *In his qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo JURA RERUM SUARUM singulare jus est ; CORPORALITER TAMEN POSSESSIONEM AMITTUNT* ».

(3) Juliano, no Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frag. 36 : « *cum PLUS JURIS IN POSSESSIONE habeat* » ; Paulo, *ibidem*, Liv. 43, Tit. 17, frg. 2.º : « *Qualisxulm que enim possessor, hoc ipso quod possessor est; PLUS JURIS habet quam ille qui non possidet* » ; Papiniano, *ibidem*, Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 40 : « *JUS POSSESSIONIS ei qui condidisset non videri peremptum* » ; Ulpiano, *ibidem*, Liv. 43 Tit. 8.º frg. 2.º, § 38 : « *Habere eum dicimus qui utiatur et JURE POSSESSIONIS fruitur* » ; Marciano, *ibidem*, Liv. 48, Tit. 6.º, frg. 5.º, § 1.º : *de JURE domini sive POSSESSIONIS* ; Antonino, no Cod., Liv. 7.º, Tit. 16, Lei 5.ª : « *inconcussum POSSESSIONIS JUS obtinebis* » e Constantino, *ibidem*, Tit. 32, Lei 10.ª : « *nemo ambigit POSSESSIONIS duplicem esse retinendam : aliam que JURE consistit* » e Liv. 9.º, Tit., Lei 7.ª : « *amissa POSSESSIONIS JURA reparantur* ».

(4) Papiniano, no Dig., Liv. 40 Tit. 2.º, frg. 49, princ. e § 1.º : « *Et PLURIUM EX JURE POSSESSIO mutuetur* » ; *Quia POSSESSIO NON TANTUM corporis, sed et juris est* » e, *ibidem*, Liv. 4.º, Tit. 6.º, frg. 19 : « *Possessio autem PLURIUM FACTI habet* » ; e Paulo, nas *Sentenças*, Liv. 5.º Tit. 11, frg. 2.º : « *Probatio tradite vel non tradite possessionis non tam IN JURE QUAM IN FACTO consistit* ».

Essa mesma divergencia existe entre os civilistas modernos (5), dizendo Windscheid que é uma questão antiga e que sempre resurge. (6)

(5) Consideram a posse um mero facto :

Entre os antigos : Retes, Ramos del Manzano, Connano, Duareno, Cujacio, Vinnio, Donnellus, Fabro, Tiraquello, Peregrini, Gilken, Matheus, Galvano, Chesio, Gregorio e Voet (*apud Dalmau, op. cit.*, § 4.º, ns 61 e 62, pags. 79 e 80 e Ruggieri, *op. cit.*, § 4.º, pags. 14 e 15 e § 67, pag. 93).

Entre os modernos : Windscheid (*op. cit.*, § 150, n 1, pag. 44) ; Randa (*apud Bartholou eu Dusi, Concetto, Estensione e Limiti del Diritto Subiettivo Del Possesso*, pags. 31 e 3') ; Wan-Wetter (*op. cit.*, vol. 1.º, § 114, n. 2.º, pags. 294 e 295) ; Poshier (*Oeuvres*, vol. 9.º, *De la Possession*, n. 2.º, pag. 268) ; Troplong (*De la Prescription*, n. 237, pags. 383 e 384) ; Laurent (*Droit Civil Français*, vol. 6.º, n. 82, pags. 104 a 106 e vol. 32, n. 264, pag. 273) ; Aubry et Rau, (*op. cit.*, vol. 2.º, § 77, pag. 107) ; Planiol (*op. cit.*, vol. 1.º, n. 870, pag. 331) ; Wermond (*op. cit.*, n. 4, pags 10 a 15) ; Baudry-Lacantinerie et A. Tissier (*op. cit.*, n. 203, pag. 122) ; Dalloz (*Répert. cit.*, vol. 36, n. 237, pag. 122) ; A. Carpentier (*Répert. cit.*, vol. 30, n. 6, pag. 845) ; *Pandectes Françaises*, tomo 2.º, n. 533, pag. 162 ; *Pandectes Belges*, tomo 78, *verb. Possession*, ns. 12 e 14 bis, pag. 97 ; Ruggieri *op. cit.* vol. 1.º, § 68, pags. 95 e 97 ; Ricci (*Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, vol. 5.º, n. 47, pag. 60) ; Pacifici Mazzoni (*op. cit.*, vol. 3.º, n. 6, pags. 6 e 7) ; Serafini (*op. cit.*, § 48, pag. 199) ; De Filippis (*op. cit.*, vol. 2.º, n. 20, pags. 15 a 20) ; Saredo (*op. cit.*, n. 224, pag. 162).

Accentuam que ella é um direito :

Entre os antigos : Azão, Rogerio, Accursio, Dino, Alciato, Bassiano, Placentino, Bartolo (*Apud Dalmau, op. cit.*, n. 60, pags 78 e 79 e Ruggieri, *op. cit.*, § 5.º, pags 15 e 16), Grocio, Hubero (*Apud Troplong, op. cit.*, n. 234, pags. 376 e 377), Gifanio e Bachovio (*Apud Ruggieri op. cit.*, § 67, pag. 93).

Entre os modernos :

Molitor *op. cit.*, pags. 28 e 29) ; Jhering (*Esprit du Droit Romain*, vol. 4.º, § 71 e nota 541, pag. 351) ; *Theoria Simplificada cit.*, pags. 120 a 133) ; Cornil (*op. cit.*, § 1.º, pags. 6 e 7) ; Garsonnet (*op. cit.*, vol. 1.º, n. CXXX, pag. 541) ; Accarias *Precis du Droit Romain*, vol. 1.º, n. 211, pag. 533) ; Ortolan *Generalisation du Droit Romain*, vol. 1.º, n. 222, pag. 654) ; Dalmau (*op. cit.*, § 4.º, ns. 73 e seguintes pags. 99 a 108) ; Demolombe, (*Cod. Napoleon.* vol. 9, § 479 a 483, pags. 364 a 368) ; Cogliolo (*Evoluzione del Diritto Privato*, cap. IX pag. 97 da traducção de Rafael de Ureñ) ; Miraglia (*Filosofia del Diritto*, vol. 2.º, cap XI, pag. 126 da traducção hespanhola) ; Segovia (*Codigo Civil Argentino Commentado*, nota 1.386, ao art. 2.351, pag. 401) ; Teixeira de Freitas (*Consolidação, Introducção*, pag. LXXX).

Ensinam que ella é, ao mesmo tempo, um facto e um direito : facto, por sua natureza ; direito, por seus effeitos :

Entre os antigos : Cuperus (*Apud Dalmau, op. cit.*, n. 66 pag. 86) ;

Entre os modernos : Savigny *op. cit.*, § 5.º, pags. 24 a 29) ; Muhlebruch. (*Douctrina Pandectarum*, vol. 2.º, § 343, pag. 276) ; Merlin *Répertoire cit.*, vol. 23, pag. 473) ; Warnkoenig (*Institutiones Juris Romani*, § 295, pag. 80) ; Wodon (*op. cit.*, vol. 1.º, ns. 1 2, pags. 14 e 15) ; Mainz (*op. cit.*, § 80, pag. 629 e nota 1) ; Namur (*Cours D'Institutes*, vol. 1.º, § 88, n. 3, pags. 148 e 149) ; Ribas (*op. cit.*, § 2.º, pag. 8) ; Huschke, Bruns, Brinz, Winwarter, Domat, Schmidt, Nippel, Appleton, Marezoll, Pellat, Hasse e Beauvois (*Apud Savigny, op. cit.*, *Appendice*, n. 15, pags. 578 a 582 ; Dalmau (*op. cit.*, n. 66, pags. 86 a 89) ; Ruggieri (*op. cit.*, vol. 1.º § 67, pags. 93 e 94) e Lafayette, (*op. cit.*, § 5.º, pags. 18 a 20).

(6) Pandectas, § 150, pag. 43.

2. — Exponhamos a primeira opinião e refutemol-a; demonstremos a verdade da segunda — e ficará *ipso facto* combatida a terceira. (7)

§ 2º

RAZÕES COM QUE SE PRETENDE SUSTENTAR SER A POSSE UM FACTO

1. Os principaes argumentos dos que affirmam que a posse é, por sua natureza, não um direito, mas um facto, são os seguintes :

1º) Ella independe das regras que o direito civil estabelece para a aquisição e perda dos direitos.

Com effeito :

a) Segundo Paulo, firmando-se em Orfilio e Nerva, filho, o pupillo póde começar a possuir sem a auctoridade de seu tutor:

«*Orfilius quidem et Nerva, filius, etiam sine tutoris auctoritate, incipere possidere posse pupillum aiunt: eam enim REM FACTI NON JURIS ESSE*» (1)

Ora, sem a auctoridade de seu tutor, nenhum direito póde o pupillo adquirir.

Eis porque Papiniano accentúa com razão; «*Possessio autem plurimum facti habet*» (2) ;

b) A violencia não é meio de aquisição de direitos e, entretanto, o é da posse (3) ;

c) Esta póde transmittir-se por actos nullos na fórmula, como por uma doação excedente de quinhentos *solidi* e não insinuada, o que se não dá com direito algum (4).

(7) Eis o que, a respeito desta opinião, diz Ruggieri : «Dire di una cosa stessa che é fatto e diritto é tanto contraddittorio quanto il dire che è insieme e non é ; una monstruosita, come a non torto l'ha chiamata Bekker *Krit V 1. Schr.* 18, pag 14 (op. cit., vol. 1.º, § 69, pag. 97).

(1) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 1.º, § 3.º

(2) Dig., Liv. 4.º, Tit. 6.º, frg. 19. Vide Savigny, *op. cit.*, § 5.º, pags. 25 e 26, Wermond, *op. cit.*, n. 4, pag. 10; Randa, *apud* Dalmau, *op. cit.*, nota 155 ao n. 81, pag. 105.

(3) Vide escriptores supra, bem como Pothier, *op. cit.*, vol. 9.º, n. 2, pag. 268 e Wan-Wetter, *op. cit.*, vol. 1.º, § 144, 2.º, pags. 294 e 295.

(4) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 1.º, § 4.º. Vide Savigny, *loco citato*, em a nota (2) supra e Ruggieri, *op. cit.*, § 79, pag. 110.

2º) A posse, ao contrario dos direitos, nunca se transfere de uma a outra pessoa, de sorte que jamais um possuidor se considera como succedendo a outro; mas, ao inverso, adquire sempre uma posse nova independente, por completo, da de seu antecessor (5);

3º) Facto, em direito, é todo o acontecimento que produz consequencias juridicas; ora a posse é um acontecimento de que dimanam taes consequencias (6)

Nem se argumente com esses effeitos, como fazem Savigny e outros, para se concluir que ella é, por esse motivo, tambem um direito; porquanto não é *per se* que ella os produz, mas em virtude do direito positivo (7), que lh'os attribue com um fito mais elevado—a conservação da ordem publica, a interdicção da violencia particular e a tutela da personalidade (8), sendo a mesma posse mera condição e não causa dos dictos effeitos (9).

Accresce que, si por essa razão, ella fosse um direito, força seria reputar tambem como taes os contractos e testamentos, dos quaes egualmente decorrem consequencias juridicas (10);

4º) E dever-se-ia considerar como não a tendo jámais perdido o cidadão romano que, havendo cahido em poder do inimigo, voltasse, depois, á patria.

Com effeito, segundo o diz Tryphonino, desde que, com esse regresso, a pessoa gosava do *postliminium*, tudo se passava, quanto a seus direitos, como si ella jamais tivesse estado sob tal poder (11).

Isso, porém, não succedia em relação á posse; porquanto, dil-o o mesmo jurisconsulto, um dispositivo legal não poderá fazer com que se tenha realizado uma circumstancia de facto,

(5) *Ibidem*

(6) Ruggieri, *op. cit.*, § 68, pags. 94 e 95.

(7) *Ibidem*, § 70, pag. 98.

(8) Randa, *apud* Dusi, *op. cit.*, pags 23 e 24; Ricci, *op. cit.*, vol. 5.º, n. 47, pag. 60; Pacifici Mazzoni, *op. cit.*, vol. 3.º, n. 6, pags. 6 e 7; *Pandectes Françaises*, tomo 2.º, n. 533, pag. 162.

(9) De Filippis, *op. cit.*, vol. II, n. 19, *in-fine*, pag. 15.

(10) Windscheid, *op. cit.*, § 150, n. 1, pag. 44 e Ruggieri, *op. cit.*, § 69, pag. 97.

(11) Dig., Liv. 49, Tit. 15, frg. 12, § 6.º.

a qual se não effectuou: interrompia-se, por conseguinte, continúa, a usucapião das cousas que a pessoa possuía *per se*, muito embora, com a volta, ella tivesse recuperado a respectiva posse; porque é certo, conclúe, que esta cessou (12).

E' tambem a decisão de Papiniano e por identico fundamento (13);

5.º) Os meios de defesa que a lei lhe confere, não são completos e absolutos, como os concedidos aos verdadeiros direitos (14), tanto que ella sempre succumbe na lucta com a propriedade (15);

6.º) Para produzir os interdictos, é mister que ella seja de boa fé e com o decurso, pelo menos, de um anno, não tendo, pois, *per se*, effeito algum juridico, e não sendo, por conseguinte, um direito (16).

2. São esses os argumentos em que se fundam os escriptores constantes das notas respectivas; os outros limitam-se a simples affirmações, já citando esses escriptores (17), já sem, siquer, o fazerem (18).

(12) *Ibidem*, § 2.º.

(13) Dig., Liv. 4.º, Tit. 6.º, frg. 19. E' esse o argumento basico apresentado por Odoaldo Ruggieri, *op. cit.*, § 78, pags. 108 a 110 e por Wermond, *op. cit.*, n. 4.º, pags. 10 a 13.

(14) Pacifici Mazzoni, *op. cit.*, vol. 3.º, n. 6, pags. 6 e 7.

(15) Vide Jhering, *Espirito do Direito Romano*, vol. IV, § 71, pags. 351 e 352, e *Theoria Simplificada, cit.*, pag. 131, bem como Dusi, *op. cit.*, pag. 23.

(16) Troplong, *op. cit.*, n. 237, pags. 383 e 384.

(17) Garsonnet, citando Laurent, Pothier e Béliame (*op. cit.*, n. CXXX, 541); Dalloz, citando Troplong (*op. cit.*, vol. 36, n. 237, pag. 122); A Carpentier, citando Aubry et Rau, Troplong e Baudry (*op. cit.*, vol. 30, n. 6, pag. 845).

(18) Baudry Lacantinerie et. A. Tissier, *op. cit.*, n. 203, pags. 122; Serafini, *op. cit.*, § 48, pag. 199; Laurent, *op. cit.*, vol. 6.º, n. 82, pags. 104 a 106 e vol. 32, n. 264, pag. 273; Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. 2.º, § 177, pag. 107; Planiol, *op. cit.*, vol. 1.º, n. 870, pag. 331; Saredo, *op. cit.*, n. 224, pag. 162; Maynz, *op. cit.*, § 80, pag. 629 e nota 1, firma-se em textos do direito romano, dos quaes conclue ser a posse um facto por sua natureza e um direito por seus effeitos, quando ha textos em sentido contrario, ora considerando-a um facto, ora um direito, como se vê, em as notas (2) e (3) supra; Wodon, *op. cit.*, vol. 1.º, ns. 1 e 2, pags. 14 e 15; *Pandectes Belges*, tomo V, II, n. 13 bis, pag. 731 e tomo 78, ns. 12 e 14 bis, pag. 97.

Estas Pandectas, no tomo V supra, sem se fundarem em razão ou auctoridade alguma, consideram a posse um direito: «La possession n'est pas un droit reel, c'est un droit personnel, ayant cependant le caractere d'un droit immobilier, parce qu'il consiste dans la jouissance d'une chose immobilière indépendamment de tout contrat qui oblige un tiers à prester cette jouissance.» ao passo que, no tomo 78, supra, ns. 12 e 14 bis, a consideram um facto,

§ 3.º

REFUTAÇÃO DESSAS RAZÕES

1. São improcedentes todos esses argumentos, como passamos a demonstrar.

2. O texto de Paulo, baseado em Orfilio e Nerva, filho, nada contém que seja contrario ás regras geraes de direito.

De facto, o que esse texto decide é que o pupillo, si for *infantia major*, si *intellectum capiat*, isto é, si já tiver sufficiente desenvolvimento intellectual, de modo a comprehender o alcance de seus actos e ser, assim, capaz de vontade, adquirirá a posse, independentemente da auctoridade de seu tutor.

Ora, nas mesmas condições, elle poderá: adquirir contra outrem um direito de credito; obrigar a qualquer terceiro para comsigo ou melhorar sua propria condição; só o que elle nunca poderá é obrigar-se, perder, ou, de qualquer modo, peiorar a dicta condição (1).

E, apezar disso, ficará obrigado, desde que *ex contractu, ex mutuo, ex commodato locupletior factus sit* (2).

fi-mando-se em Laurent, Wodon e em um aresto de Anvers: «Quoique la possession soit un fait plutôt qu'un droit» (n. 12); «La possession est un fait qui, dans l'intérêt de la paix publique et de l'ordre social, doit être respecté jusqu'à ce que le juge compétent ait décidé que ce fait est contraire au droit et doit, par suite, prendre fin. Provision est due. Anvers, 21 mai 1885, J. T., 1886, pag. 554.» (n. 14 bis);

Accarias, *op. cit.*, vol. 1.º, n. 211, pag. 533; Ribas, *op. cit.*, § 2.º, pag. 8;

Merlin, *op. cit.*, vol. 23, *verb. Possession*, § 1.º, pag. 473, sem se fundar em razão alguma, considera a posse um direito e um facto: «Ainsi, la possession renferme un droit et un fait: le droit de jouir attaché au droit de propriété et le fait de la jouissance effective de la chose, soit qu'elle se trouve dans la main du maître, soit qu'un autre la tienne pour lui».

Vê-se, porém, pelas palavras precedentes, que, quando affirma ser a posse um direito, elle se não refere á posse propriamente dita ou ao *jus possessionis*, mas ao conteúdo do *jus possidendi*, objecto do direito de propriedade, de que falámos no § 3.º, n. 5, letra a): «Puisque ce n'est que par la possession qu'on peut exercer le droit de propriété, il faut en conclure que la Possession est naturellement liée à la propriété et n'en doit pas être séparée. Ainsi, etc.»

(1) Dig., Liv. 41, Tit. 1.º, frg. 11; Dig., Liv. 44, Tit. 7.º, frg. 43; Liv. 29, Tit. 2.º, frg. 8.º.

(2) Dig., Liv. 13, Tit. 6.º, frg. 1.º, § 2.º e frg. 3.º.

E' essa uma regra de direito civil, firmada por todos os romanistas e que nos é ensinada pelo proprio Savigny (3).

O argumento prova, pois, demais; porquanto si, por esse motivo, a posse fosse um puro factio, sel-o-iam tambem todos os direitos que o pupillo pôde adquirir sem a auctoridade do tutor, como o de propriedade, de cuja aquisição, em certos casos, os proprios infantes são capazes (4).

3. Procedente, porém, que fosse a premissa, nem por isso seria logica a conclusão, como bem o mostram Dalmau e Bekker; porquanto nem todos os direitos se acham sujeitos, quanto á sua aquisição, a essas regras geraes de que falam os civilistas que estamos refutando.

Quaes, de factio, essas regras?

Ou não existem, ou são as que se referem á aquisição da propriedade.

O direito francez, porém, não abriu mão destas quanto aos moveis, estabelecendo, para a aquisição da propriedade dos mesmos, o principio—*possession vaut titre*?

Não é este o principio que, no direito de todas as nações e mesmo no romano, vigora para os titulos ao portador, ao inverso das regras geraes do direito obrigacional? (5).

Estas deixam tambem de vigorar nas promessas feitas ao publico, nas quaes é completamente indeterminada a pessoa do credor, sendo, entretanto, perfeitamente validas, mesmo no direito romano (6).

(3) «Voici le principe fondamental.

L'enfant est incapable de tout acte juridique. L'impubère, sorti de l'enfance, peut agir avec le consentement de son tuteur; *et sans le consentement du tuteur dans tous les cas ou il n'y a ni prejudice, ni risque possible.* Cette seconde partie du principe s'exprime ainsi:» *Miliores quidem suam conditionem licere eis facere, ETIAM SINE TUTORIS AUCTORITATE, deteriores vero non aliter quam tutore auctore.* *Traité du Droit Romain* vol. 3.º, § CVIII, pag. 40) «J'ai dit, au commencement de ce paragraphe, que l'impubère est incapable de faire seul les actes qui peuvent lui causer un préjudice». (*Ibidem*, pag. 56).

(4) Cod., Liv. 7.º, Tit. 32, Lei 3.ª; Dig., Liv. 41, Tit. 3.º, frg. 4, § 2.º; Jhering, *Fondement des Interdits Possessoires*, cap. IX, b, pag. 140.

(5) Beker apud Dalmau, *op. cit.*, § IV, n. 81, pag. 105 e nota 157. Quanto ao direito romano, vide Gluck, *Pandectas*, tomo 16, pags. 441 e 442.

(6) Unterholzner, citado por Savigny, *Le Droit des Obligations*, vol. 2.º, § 61, pag. 238; Gluck, citado em a nota anterior; Wahl, *Traité theor. et pract. des titres au porteur* n. 253, pag. 191; Castellazzo, *L'offerta al publico*, cap. 1.º, n. 13, pag. 35 e nota 1.

4.—Não tem o menor valor o argumento deduzido das expressões—*eam enim rem facti, non juris esse*—; porquanto ellas se não referem á posse, da qual se não falou no texto, mas ao trecho subsequente, que Savigny deixou de transcrever; «*que sententia recipi potest, si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant*».

Eis o que Paulo quer dizer nessas palavras:— na especie proposta por Orfilio e Nerva, filho, ha uma questão de facto a se resolver, *scilicet*, si o pupillo já è ou não dotado de sufficiente desenvolvimento intellectual, de modo a ter consciencia dos actos que pratica (7).

5.—Si Papiniano accentúa que— «*Possessio, autem, plurimum facti habet*» tambem firma a proposição contraria—«*Et plurimum ex jure possessio mutuetur*», de sorte que não é com esses textos aparentemente antinomicos que se ha de resolver a questão (8).

6.—E' igualmente improcedente o argumento deduzido da violencia com que se pôde adquirir a posse:

a) por provar demais, porquanto o mesmo phenomeno se observa na propriedade.

Com effeito, o especificador, isto é, aquelle que, da materia pertencente a outrem, faz uma especie nova, se torna daquella proprietario, embora della se tenha apoderado violentamente, desde que a mesma não possa retomar a fórmula antiga (9), ou segundo o direito moderno, ainda, que o possa, si o preço da obra exceder consideravelmente o valor da dita materia (10).

Do mesmo modo, apesar de prohibida a caça em terrenos particulares, cercados ou vallados, todavia aquelle que, mesmo contra a vontade do proprietario e pelo emprego da força,

(7) Molitor, *op. cit.*, n. 10, pags. 26 e 27; Cogliolo, *Storia del Diritto Privato Romano*, vol. 2.º, § 61, pags. 103 e 104 e *Evoluzione cit.*, cap. IX, pags. 109 e 110.

(8) *Vide* nota (3) ao § 1.º. A antinomia é, apenas, apparente, como o mostraremos adiante, em nota (27).

(9) *Inst.*, Liv. 2.º, Tit. 1.º, § 25.

(10) Lafayete, *op. cit.*, vol. 1.º, § 37, n. 4 e nota (6), pags. 105.

caçar, nessas terras, um animal selvagem, se tornará delle proprietario, embora seja obrigado a resarcir ao dono das mesmas o damno causado (11).

Nesses e outros casos semelhantes, como na pesca, o simples facto, violento embora, gera o direito.

É claro que o escopo do legislador não é approvar tal violencia, nem deixar liberdade ao especificador ou ao caçador, mas proteger os terceiros que vierem a adquirir essas cousas e que não devem soffrer as consequencias de uma injustiça que não praticaram, do mesmo modo que se concede a protecção possessoria ao possuidor injusto, em attenção, não a elle, mas ao proprietario, como o demonstraremos no cap. IV (12);

b) porque o possuidor que adquiriu a posse violentamente, não a póde fazer valer contra o violentado, que se defenderá com a *exceptio vitiosae possessionis* (13), só o podendo contra terceiros.

Estes, porém, não soffreram violencia alguma, e, portanto, relativamente a elles, a posse não é violenta, como o ensina Paulo: « *Justa an injusta ADVERSUS COETEROS possessio sit, in hoc interdicto NIHIL REFERT.* » (14)

7.—Prova tambem demais o argumento fundado em se poder adquirir a posse por actos nullos na fórmula; pois, si por esse motivo, ella fosse um facto, deveriamos dizer o mesmo da propriedade, que, muitas vezes, se transmite por actos, do mesmo modo, nullos.

É assim que, si Primus entregar um objecto a Secundus, a titulo de doação, e este o receber, a titulo de mutuo, ambos os contractos serão nullos, por falta de accordo das partes sobre cada um delles.

Não ha, porém, duvida alguma que Secundus adquiriu a propriedade do objecto, porque houve accordo das duas von-

[11] Inst., Liv. 2.º, Tit. 1.º, § 12; Dig., Liv. 47, Tit. 10, frg. 13, § 7.º; Lafayette, *ibidem*, pags. 97 e 98.

[12] Ihering, *Theoria Simplificada* cit. pags. 129 e 130; Goudsmit, *apud* Dalmau, *op. l.*, *addenda et corrigenda*, n. 67, pags. 501.

[13] Dig. Liv. 4.º, Tit. 17, frg. 1.º, § 5.º.

[14] *Ibidem*, frg. 2.º; Molitor, *op. cit.*, n. 10, pags. 27 e 28.

tades para a transferencia dessa propriedade, houve justa causa para a mesma transferencia: Primus quiz fazel-a a Secundus, visto que pretendia doar-lhe o objecto, como este queria adquiril-o, por intentar tomal-o emprestado.

Ora, si houve, nesta hypothese, transferencia da propriedade, foi por ter havido, para isso, *justa causa*; esta, porém, nunca se exige na posse, que tem, como unicos elementos, o *corpus* e o *animus*.

E, como essas duas condições se encontram no caso exposto por Savigny, ella foi adquirida, apezar da nullidade da doação: o doador, como Primus, perdeu-a *animo et corpore* e o donatario, como Secundus, *corpore et animo*, adquiriu-a. (15).

8.—Em egual vicio — provar demais — incorre o argumento baseado em se não poder a posse transferir de uma a outra pessoa; porquanto são tambem intransferiveis o uso (16) e o uso-fructo (17), que, entretanto, são verdadeiros direitos.

9.—Accresce que esse argumento está em flagrante contradicção:

a) com a theoria de Savigny e da maioria dos civilistas sobre a *posse derivada*; pois, por essa theoria, como o veremos no estudo desse instituto, tal posse é a que *se transmittit* do antigo ao novo possuidor, daquelle *se deriva* para este; (18)

b) com o principio da *accessio possessionis*, de accordo com o qual é licito ao possuidor, para completar o tempo necessario á usucapião, unir á sua a posse do possuidor antecedente (19).

10.—Si a posse do defuncto não passava, em direito romano, para seus herdeiros, tambem outros direitos não se lhes

(15) Molitor, *ibidem*, pag. 28.

(16) Inst., Liv. 2.º, Tit. 5.º §§ 2.º e 3.º; Dig. Liv. 7.º, Tit. 8.º, frg. 12, §§ 5.º e 6.º e fr. 21.

(17) Inst. Liv. 2.º, Tit. 4.º, § 3.º; Dig., Liv. 23, Tit. 3.º, frg. 66.

(18) Eis as proprias palavras de Savigny a respeito: « A propos de l'*animus possidendi*, nous devons encore nous demander ce que c'est que la possession dérivée. Ce qu'il y a de particulier ici, c'est qu'un possesseur antérieur transfère son *jus possessionis* — sans transférer aussi la propriété. » *Op. cit.*, § 23, pags. 252).

(19) Inst., Liv. 2.º, Tit. 6.º, §§ 12 e 13; Dig., Liv. 44, Tit. 3.º, frag. 14, § 1.º

transmittiam, como o de usufructo (20), as *immunitates personales* (21) e as acções tendentes á satisfação das injurias pessoais (22).

11.—Não é, finalmente, doutrina pacifica entre os romanistas a intransmissibilidade da posse, mesmo fóra dos casos da chamada *posse derivada* e da *accessio possessionis* (23).

12.—O argumento deduzido da definição de facto, funda-se em uma premissa falsa — ser a posse um acontecimento, do qual se originam consequencias juridicas.

Acontecimento é, não ha duvida, a aquisição da mesma; pois é uma cousa que succede, como são acontecimentos o nascimento, o casamento, o testamento, emfim, todos os factos naturaes ou humanos de que sempre se originam direitos subjectivos (24).

(20) Dig., Liv. 7.º, Tit. 4.º, frg. 3.º, § 3.º

(21) Dig., Liv. 50, Tit. 6.º, frg. 1.º, § 1.º

(22) Dig., Liv. 47, Tit. 10, frg. 13, princ.

(23) Além de outros textos, Brinz cita o frag. II do Dig., Liv. 41, Tit. 1.º, que é terminante :

« Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris autoritate; alienare vero nullam rem potest, nisi presente tutore auctore, et ne quidem possessionem, *quæ est naturalis*, ut Sabinianis visum est: *quæ sententia vera est.* »

Eis o que, a respeito diz Dusi: « La necessità poi di un giusto acquisto, perchè la *accessio possessionis* si realizzi e dispieghi la sua efficacia, ci dimostra la possibilità de una vera successione del possesso, a torto negata dai fautori dell'opinione contraria; a torto, dico, negata, ma soggiungo logicamente, perchè nei semplici fattinon vi ha successione, e chi afferma essere il possesso un puro fatto, deve negare la successione in esso, e chi amette questa successione, deve accettare che esso é un diritto. Ma come si può escludere che l'*accessio possessionis* comprenda una vera successione nel possesso, se essa non solo presuppone che due rapporti possessori di egual natura siansi susseguiti l'un all'altro id capo a dua diverse persone, ma implica eziandio la necessità che il secondo di que' rapporti sia una *dipendenza giuridica* del primo? »

Se l'unione de' possessi non si può avere, le quante volte il possesso dell'acquirente non sia posto in essere col consenso valido e legitimo dell'alienante? » (*Op. cit.*, pags. 28).

Cumpre observar que a objecção que estamos refutando, sómente póde proceder em direito romano e não no moderno; pois, neste, a posse que o defuncto tinha, passa, desde o momento de sua morte, a seus herdeiros, independentemente de qualquer acto destes e mesmo que ignorem a dita morte (Alvará de 9 de novembro de 1774, e Assento de 16 de fevereiro de 1786; Cod. Civil Francez, a ts. 724 e 2.235; Cod. Civil Italiano, art. 693; Cod. Civil Portuguez, art. 483; Cod. Civil Chileno, art. 722; Cod. Civil Alemão, art. 857).

(24) Dusi, *op. cit.*, pags. 10 e 11.

13.—Não se deve, porém, confundir, como o fazem Ruggieri e Windscheid, esse acontecimento ou facto gerador da posse com a consequencia juridica que d'elle resulta — a mesma posse.

Certo, como diz Jhering, que o facto não é um direito: a aquisição da posse vale tanto, a esse respeito, quanto a conclusão de um contracto ou a facção de um testamento.

Quando, porém, a lei concede a um facto consequencias juridicas a favor de uma pessoa determinada, á qual confere uma acção para assegurar-as, provoca precisamente o apparecimento de um conjuncto de condições legaes a que chamamos — direito subjectivo (25).

Assim, ao facto da celebração de um contracto a lei attribue a *consequencia juridica* de poder o credor reclamar do devedor a execução do mesmo contracto, como ao facto da facção testamentaria liga a *consequencia juridica* de poder o herdeiro instituido reclamar de terceiros que lhe restituam os bens da successão ou dos devedores desta que lhe paguem as respectivas dividas; ao facto da aquisição da posse liga, egualmente, a *consequencia juridica* de poder o possuidor exigir de terceiros que respeitem a relação em que se acha com a cousa, objecto da dita aquisição.

Nos dois primeiros casos, ás *consequencias juridicas* chamamos *direito* do credor ou do successor. Porque, pois, no terceiro, lhes não chamaremos tambem *direito* do possuidor ou, de modo abstracto, *direito da posse*?

Si é porque ella se deriva de um facto, devemos então negar que sejam direitos as faculdades constitutivas do poder marital ou patrio, os direitos dos credores, successores e proprietarios, em uma palavra, todos os direitos subjectivos, por

(25) Jhering, *Theoria Simplificada* cit., pags. 125; Dusi, *op. cit.*, pags. 11; Garsonnet, *op. cit.*, § CXXX, pags. 541, onde conclue que « cela est tellement vrai que, même dans la possession, le droit se distingue du fait, car il peut arriver qu'à un individu dont la possession avait les qualités requises pour obtenir la protection de la loi, un autre ait succédé dont la possession est vicieuse: on dira du premier qu'il a la possession de droit, du second qu'il a la possession de fait, et, s'ils plaident l'un contre l'autre, c'est le premier qui triomphera ».

não haver um só que presuppõha um facto gerador — *ex facto jus oritur*.

Póde, não ha duvida, um facto produzir consequencias juridicas que não constituam direitos: taes são os factos extintivos, como a *derelectio*, a *traditio*, a *solutio*, ou os modificativos, como a *mora*, a *culpa* e o *dolo* nas relações contractuaes.

Sempre, porém, que os factos produzirem consequencias juridicas que a lei garanta aos interessados por meio de uma acção especial, exclusivamente destinada a esse fim, taes consequencias classificam-se com o nome de *direitos* (26).

15. Ha, porém, entre a posse e os demais direitos, as duas seguintes differenças, que convém salientar, por serem a causa mais frequente das confusões e erros em relação á natureza juridica da mesma:

1.^a) Os direitos distinguem-se, pelas proprias denominações, dos factos de que se originaram: assim a estes chamamos — *nascimento*, *casamento*, *occupação*, *usucapião*, *contractos*, *testamentos*, etc., e áquelles — *patrio poder*, *poder marital*, *propriedade*, *credito*, *direito successorio*, etc.; na posse, ao contrario, a mesma palavra exprime os factos — *tradição*, *occupação*, *immissão judicial* ou *extrajudicial* (todos designados com o nome de *posse*) e o direito delles resultante, o qual tambem se chama — *posse*.

Não é isso, porém, motivo para se não distinguir o facto — da consequencia juridica delle resultante — o *direito*.

Assim é que, em direito romano as palavras *nexum* e *obligatio* designavam, tanto os contractos (factos), como os direitos obrigatoriaes que delles se originavam, e, entretanto, ninguem se lembrou, por esse motivo, de negar que fossem verdadeiros direitos as facultades concedidas aos credores; (27)

2.^a) Todos os outros direitos se separam logo dos factos que os produzem, ao passo que o da posse, em regra, só existe, emquanto subsistente o facto de que se origina.

(26) Jhering, *op. cit.*, pags. 125 a 127; Dusi, *op. cit.*, pags. 10 e 11.

(27) Jering, *op. cit.*, pag. 127, onde nos diz que os jurisconsultos romanos tiveram consciencia plena dessa dupla accepção da palavra *possessio*, pelo que a ella se referiam, ora como — *causa facti; corporis, facti est; plurimum facti habet*; ora como — *jus possessionis; jura possessionis; plurimum juris habet*. E assim se solve perfeitamente a antinomia apparente dos textos citados em as notas (2), (3) e (4) do § 1.º

O direito de propriedade, por exemplo, logo se separa da occupação ou da tradição, de que procede, como o direito creditorio immediatamente se destaca do contracto ou quasi-contracto, delicto ou quasi-delicto, que lhe dão origem.

A posse, ao contrario, em regra, só perdura, emquanto subsiste a relação de facto com a coisa, emquanto esta relação não desaparece por acto do possuidor ou de um terceiro.

E' dahi que provém a differença em materia de prova: basta que se prove terem-se dado os factos de que se derivaram os outros direitos para se concluir pela existencia dos mesmos; na posse, ao contrario, deve-se provar a existencia do facto no tempo em que se allega ter havido violação do respectivo direito: facto e direito são, em regra, simultaneos. (28)

Dahi, porém, não se pode inferir que a posse seja um facto; porquanto phenomeno identico se observava, na legislação romana, com os direitos entre os conjuges, direitos que só perduravam, emquanto existente o facto do matrimonio, isto é, a *cohabitatio* e a *maritelis affectio* (29); o mesmo dá-se com o mais importante dos nossos direitos — o da personalidade, — subordinado, *in totum*, ao facto da existencia da pessoa. (30)

16. Nenhum valor tem o trecho de Tryphonino sobre o *postliminium*; porque este era uma ficção (31), e, como tal, só se podia applicar aos casos para que fôra instituido, isto é, aos

(28) Jhering, *op. cit.*, pag. 128. Jhering affirma, de modo absoluto, que na posse, o direito e o facto são inseparaveis, de sorte que, desaparecido o facto, desaparece o direito (Vide pag 128 cit.). A proposição, porém, assim enuncjada, não é verdadeira, e é o motivo por que, no texto, a modificamos, dizendo — em regra. E não é verdadeira, porque ha muitos casos em que o direito do possuidor subsiste independentemente do facto da posse — taes são os casos em que elle póde intentar o interdicto — *recuperandæ possessionis* — e muitas vezes contra o proprio proprietario. Em todos esses casos o direito do possuidor (ou da posse) tem como condição *sine qua non* a perda do facto da posse.

Só nos interdictos — *retinendæ* — é que o direito do possuidor se baseia sobre o facto da posse. Vide Dusi, *op. cit.*, pags. 14 e 15. E' o que mostraremos adiante, no § 4.º, n. 7.

(29) Dusi *op. cit.*, pag. 14; Manenti, *Inaponibilitá delle conditioni ai negozi giuridichi*, pag. VII, *ibi*.

(30) Jhering, *op. cit.*, pag. 128 e 129

(31) Maynz, *op. cit.*, vol. 1.º, *Introduction*, n. 77, nota 27, pag. 143, § 98, pags. 711 e vol. 3.º, § 335, n. 1.º, pag. 124.

direitos que o cidadão romano perdera pelo simples facto de ter cahido em poder do inimigo (32).

Ora, não era por isso que elle deixava de possuir; mas porque, por sua ausencia, independentemente de ser prisioneiro, já tinha perdido um dos elementos da posse — o corpus.

Tanto é isto verdade, que, si elle deixasse, em Roma, um representante, por cujo intermedio possuísse o objecto, a ella voltando, continuaria a usucapião, como, de accordo com Juliano, o decide o proprio Tryphonino. (33)

Por identica razão, elle tambem não recuperava:

a) o poder marital sobre a mulher que não quizesse mais com elle cohabitar ou que já se tivesse casado com outrem (34);

b) o patrio poder sobre o filho que egualmente se houvesse casado. (35)

Ora, ninguem contesta que ambos esses poderes formem um complexo de direitos.

17. E é por os considerar taes que Tryphonino, no texto com que argumentam Ruggieri e Wermond, depois de os ter enumerado, de par com a posse, conclue que « *cætera, quæ in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisset* » (36), isto é, os demais direitos (*cætera*) que elle perdera pelo simples facto de haver perdido o *jus libertatis*, e não sómente por causa de sua ausencia, como se dera com os direitos anteriormente enumerados — a posse, o poder marital e o patrio.

Accresce que, a prevalecer o argumento, a propriedade de certos moveis não seria tambem um direito; porque elles não eram egualmente abrangidos pelo *postliminium*, como as armas e as vestes. (37)

(32) Dig., Liv. 49, Tit. 15, frgs. 15 e 19; Cod., Liv. 8.º, Tit. 51, Lei 18, *verbis*: « *pro HUIJUSMODI casu* ».

(33) Dig. cit., frg. 12, § 2.º

(34) *Ibidem*, frg. 8.º e frg. 12, § 4.º

(35) *Ibidem*, frg. 12, § 2.º

(36) *Ibidem*, § 6.º

(37) *Ibidem*, frg. 2.º, § 2.º e frg. 3.º; Maynz, *op. cit.*, vol. 1.º, § 98, pag. 711.

18. Si os meios de defesa concedidos á posse não são tão efficazes, como os concedidos á propriedade e aos direitos reaes tambem o não são os concedidos aos direitos pessoaes, que não valem, como aquelles, *erga omnes* sendo até essa a característica differencial entre ambos. (38)

Si a posse succumbe na lucta com a propriedade, esta por sua vez, desaparece ante a acção rescisoria ou mediante o implemento da condição resolutiva. (39)

Um direito não deixa de o ser pelo simples facto de poder outra pessoa, a qualquer momento, occasionar-lhe a resolução.

E' assim que o credor hypothecario, vencida a divida, póde sempre, pela excussão da hypotheca, pôr termo á propriedade do devedor, que, por sua vez, póde a qualquer momento extinguir o direito do credor, pagando-lhe a divida. (40)

20. Quanto ao ultimo argumento, que nos é apresentado por Troplong, sómente póde proceder no direito francez e para posse de menos de anno e dia, como já o mostrámos no capitulo anterior. (41)

§ 4

A POSSE É UM DIREITO

1. Demonstrada, assim, a improcedencia dos argumentos, apresentados pelos mais auctorizados escriptores, com os quaes affirmam ser a posse um facto, provemos que ella é um direito.

2. E' principio juridico não podermos comprar uma coisa que já nos pertença, sendo nullo similhante contracto, por falta de um direito que lhe sirva de objecto. (1)

(38) Ortolan, *Legislation Romaine*, vol. 1.º, ns. 188 a 195, pags. 637 a 649.

(39) Jhering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 4.º, § 71, pags. 351 e 352; Lusi, *op. cit.*, pag. 23.

(40) Jhering, *Theoria Simplificata* citada, pag. 131.

(41) *Vide* cap. 2.º, § 1.º, n. 4.

(1) Dig., Liv. 41, Tit. 3.º, frg. 21.

Esse mesmo principio, por identidade de razão, applica-se ao aluguel (2), ao precario (3), ao deposito e ao commodato (4)

3. Faz-se, porém, excepção a essa regra, quando o proprietario realiza similhantes contractos com quem tem a posse de uma cousa que lhe pertença: ha, então, *emptio possessionis* (5) *conductio possessionis* (6), *precarium possessionis* (7), e por analogia, *possessionis depositum et commodatum* (8), bem como *stipulatio possessionis*. (9)

Ora, como já o dissemos, esses contractos seriam nullos, por falta de objecto, si a posse do outro contrahente não fosse um direito que a lei reconhece e consagra. (10)

4. A essa mesma conclusão chegaremos, partindo da definição de direito subjectivo.

Com effeito, si acceitarmos a de Jhering—todo o interesse juridicamente protegido (11), seremos forçados a convir que

(2) Ibidem

(3) Dig., Liv. 43, Tit. 26, frg. 4.°, § 3.°.

(4) Dig., Liv. 16, Tit. 3.°, frg. 15.

(5) Dig., Liv. 18, Tit. 1.°, frg. 34, § 4.°.

(6) Dig., Liv. 41, Tit. 2.°, frg. 28 e 37.

(7) Dig., Liv. 41, Tit. 2.°, frg. 28; Liv. 43, Tit. 26, frg. 6.°, § 4.° e frg. 22; Liv. 13, Tit. 7.°, frg. 35, § 1.°.

(8) Savigny, *op. cit.*, § 5.°, pag. 28.

(9) Dig., Liv. 45, Tit. 1.°, frg. 38, §§ 7.° e 9.°.

(10) Savigny, *op. cit.*, § 5.°, pag. 28; Dusi *op. cit.*, pags. 25 e 26. Randa, depois de ter sustentado que a posse é um factio, affirmando que, tendo o proprietario direito á posse do objecto, o possuidor não o pôde ter, pois, aliás, haveria direito contra direito, verdadeira *contradictio in terminis*—: cahe em manifesta contradicção, visto reconhecer como valido o contracto de compra e venda entre o proprietario e o possuidor tendo por objecto a posse deste. Com effeito, si ella não fosse um direito, não poderia ser objecto de um contracto. Randa confunde, no argumento supra, o *jus possidendi* do proprietario com o *jus possessionis* do possuidor, direitos esses que são completamente differentes, como desde Donellus, nitidamente o mostram todos os civilistas. (Dusi *op. cit.*, pags. 31 e 32. Vide cap. I deste *Ensaio*, § 3.°, n. 5).

(11) Jhering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 4. §§ 70 e 71, pags. 317 a 355 e *signanter* pag. 351; *Theoria Simplificada* citada, pag. 121; Segovia, *Codigo Civil Argentino Annotado*, nota 1.836 ao art. 2.351, pag. 401. Na segunda das obras supra, Jhering refuta as objecções feitas á sua definição: 1.° entrar, na mesma, a palavra definida—direito é o interesse *juridicamente* protegido—: 2.° poder um direito não ter o menor interesse para o respectivo titular: por exemplo, a servidão de vista para um cego, e ser, entretanto, protegido.

a posse é um direito; porquanto, não só tem grande interesse economico, por ser condição *sine qua* da utilização da propriedade (12), como ainda é juridicamente protegido e por uma acção especial—os interdictos possessorios. (13)

5.—Si, porém, não admittirmos essa definição, que não é geralmente acceita (14) e recorrermos á que nos é fornecida pela generalidade dos civilistas—a faculdade que o direito objectivo reconhece e garante á pessoa de fazer ou deixar de fazer

Improcedem ambas as criticas : 1.^a, porque no objecto definido, a palavra está empregada no sentido subjectivo, ao passo que, na definição, o está no objectivo.

Tanto é isso verdade, que desaparecerá a objecção, si substituirmos a palavra *juridicamente* por *legalmente*.

Si, porém, não se faz essa substituição, é porque a lei não é a unica fonte do direito objectivo, existindo ainda os usos e costumes populares, a doutrina e a jurisprudencia ;

a 2.^a, porque a critica se funda na confusão do interesse *em these* ou *abstracto* (que é para Jhering o elemento *substancial* do direito, sendo o elemento *formal* a protecção juridica) com o interesse *em hypothese* ou *concreto*, ao qual a definição se não refere.

A questão de saber si, em um caso particular, existe o interesse que a lei julga digno de protecção (interesse *concreto*) não tem importancia alguma *em these*: desde que o legislador admittiu esse interesse como digno de protecção, póde o auctor fazer valer seu direito, sem que ao reu seja permittido prevalecer-se da falta desse interesse na especie: póde, assim, um cego, segundo o exemplo supra figurado, ser o titular de uma servidão de vista, como um homem desbriado póde intentar uma acção de injuria : é só no seu lado abstracto, e não no concreto, que o direito presuppõe o interesse. (*Theoria Simplificada* cit., pags. 121 a 123).

(12) Vide cap. 1.^o, § 3.^o n. 5. Como diz Ihering, «a utilização economica da propriedade tem como condição a posse.

A propriedade sem a posse seria um thesouro sem chave para se abrir, uma arvore fructifera, sem a escada indispensavel á colheita dos fructos...

Quem não tem uma cousa, não póde consumil-a, usar della e nem lhe perceber os fructos, e si a *conclusão* das convenções obligatorias para a cessão do *uti, frui* ou da propriedade a outras pessoas não suppõe a existencia actual da posse, a *realização* pela *execução*, exige-a.» (*Op. cit.*, pags. 95 e 96).

Eis porque diz o addagio latino que — *beati possidentes* affirmando os inglezes que — *possession is nine tenths of the law*.

(13) Vide cap. II, § 1.^o, n. 2 e § 10, n. 1. Como o observa Segovia: «Los hechos no se reclaman ante los juèces: toda accion tiende al mantenimiento de un derecho.» (*Op. cit.*, nota 1.866, pags. 401).

(14) Vide, a respeito; a critica do dr. Pedro Lessa, na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 9.^o, pags. 125 a 142 e Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 68, nota 1, pags. 94 e 95.

alguma cousa ou de exigir de outrem que, a seu favor faça ou deixe de fazer alguma cousa (15),—identica será a conclusão.

De facto, ao possuidor o direito objectivo (a lei) reconhece a faculdade de se conservar na posse do objecto até que seja vencido na acção de reivindicação, bem como de exigir de todos que o respeitem nessa posse, que o não turbem no exercicio da mesma ou della o não esbulhem (16).

E essa faculdade é garantida por acções especiaes—os interdictos. (17).

6.—Accresce que a toda a acção sempre corresponde um direito (18) que, na hypothese, subsiste mesmo na ausencia do possuidor (19), e, dado o caso de esbulho, é um direito puro, pois se acha completamente separado da detenção physica do objecto sobre que recahe (20).

7.—Eis porque (e o argumento é irrespondivel) todos os Codigos, como o mostraremos incluem a posse en-

(15) Dusi, *op. cit.*, pags. 8 e 37; P. Mazzoni, *op. cit.*, vol. 2.^o, § 2.^o, pags. 4; Planiol, *op. cit.*, vol. 1, § 1.^o, n. 2, pag. 1; Marinier, *apud* Dalmau, *op. cit.*, *addenda et corrigenda*, § IV A, n. 67, pags. 502; Ortolan, *op. cit.*, vol. 1.^o, n. 15, pags. 552.

Não diverge, no fundo, a definição do proprio Ruggieri: «Il diritto appartiene all'ordine ideale, ed è la facoltà coordinata al proprio vantaggio, protetta dalla legge morale, che ne ingiunge ad altri il rispetto.» *op. cit.*, vol. 1.^o, § 68, pag. 94.

(16) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frg. 1.^o §§ 9 e 23; Tit. 17, frg. 1.^o, § 4.^o e frg. 2.^o; Instit., Liv. 4.^o, Tit. 15, §§ 4.^o, 5.^o e 6.^o.

(17) *Ibidem*.

(18) Inst. Liv. 4.^o, Tit. 6.^o, princ: «Actio nihil aliud est quàm jus persequendi in iudicio quod sibi debetur»: Jering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 4.^o, § 71, pags. 340: «L'action est donc la véritable pierre de touche des droits privés»; Vide, no mesmo sentido, Lafayette, *op. cit.*, § 5.^o, n. 1, pags. 19; João Monteiro, *Processo Civil*, vol. 1.^o, § 15 e nota 1, pags. 91 e 92 Dusi, *op. cit.*, nota 29, pags. 34.

Objecta Wan-Wetter que o direito protegido pelas acções possessórias, não é o da posse, mas o da personalidade, lesado pela violencia e pela fraude. (*Op. cit.*, § 144, n. 2.^o, pags. 294 e 295) Revidaremos, porém, com Serafini, que o direito de personalidade não é protegido pelos interdictos possessórios e, sim pela acção civil de perdas e danos ou pelas acções criminaes (*Op. cit.*, vol. 2., n. 20, pags. 16).

(19) Lafayette, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 5.^o, n. 2, pags. 19.

(20) Ruddorf *apud* Savigny, *op. cit.*, *appendice*, n. 19, pags. 601: Lafayette, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 5.^o, n. 3 pags. 19.

tre os direitos e adoptam regras para sua aquisição, conservação e perda, fazendo, pois, della um verdadeiro—*instituto juridico* (21).

Fica, assim, demonstrada nossa these—a posse é um direito.

(21) Bufnoir, Saleilles e outros, commentando o art. 854 do Cod. Civil Alemão, dizem que esse Código não considera a posse um direito, porque o art. 865 auctoriza a posse distincta de parcelas constitutivas de uma cousa, ao passo que o art. 93 interdiz direitos desse genero e conclue que, segundo o mesmo Código a posse, embora gere direitos, comtudo não é um direito. (*Code Civil Allemand*, vol. 2.^o, nota 1 ao art. 854, pags. 441).

2.^o), porque, depois de ter tratado, no livro 1.^o, secção 3.^a, tit., 2.^o, *dos factos* juridicos licitos (declarações de vontade) e, no liv. 2.^o, secção 7.^a, tit., 25, *dos factos* illicitos, trata da posse na secção 1.^a do livro terceiro, o qual tem por epigraphe—*Do Direito das Cousas*.

Mas, esses civilistas não têm razão:

1.^o), porque o que o art. 93 estatue é que «Les parties constitutives d'une chose qui ne peuvent etre séparées les unes des autres, sans que l'une ou l'autre soit détruite ou altérée dans son essence (parties constitutives essentielles) ne peuvent être l'object de droits particuliers», ao passo que o art. 865 não se refere a essas partes *constitutivas essenciaes*, mas a partes distinctas de uma mesma cousa: «Les dispositions des articles 858 à 864 peuvent être invoquées également par celui qui ne possède *qu'une partie de la chose, tels que des locaux distincts, locaux d'habitation ou autres*»;