

CAPITULO IV

Fundamento da protecção possessoria

§ 1.º

UTILIDADE DA QUESTÃO. SUA RAZÃO DE SER. DIVERSAS THEORIAS A RESPEITO

1. A questão que vamos estudar, no presente capitulo, não é puramente escolastica e, ao contrario, tem grande utilidade pratica (1); porque as regras relativas ao instituto possessorio variarão completamente, de accordo com o motivo determinante do mesmo. (2)

Assim, si os interdictos possessorios tiverem por fim, como o ensina Savigny (3), a interdicção da violencia contra a pessoa, devem ser concedidos, ao contrario do que dispõe o direito romano, aos meros detentores, como o depositario, o locatario, etc., desde que, violentamente, lhes seja arrebatada a coisa que têm em seu poder; si, porém, taes interdictos se basearem na presumpção da propriedade, conforme a licção de Marezoll (4), devem ser negados, ao inverso ainda do que estatue o mesmo direito, aos que forem reconhecidos como ladrões e salteadores, visto não poderem firmar-se em semelhante presumpção, que, *juris tantum*, deve ceder á verdade em contrario.

2. Como já vimos, basta, para haver posse, o facto da pessoa proceder, intencionalmente, em relação á coisa, como

(1) Jhering, *Interdictos*, cap. 1.º, pag. 4.

(2) Wermond, *op. cit.*, pag. 8.

(3) *Vide, infra*, nota 10.

(4) *Ibidem*, nota 40.

normalmente procede o proprietario, isto é, ter a exterioridade ou visibilidade da propriedade (5), não sendo preciso que a submissão da cousa á sua vontade se tenha operado de accordo com a lei, como se dá com a propriedade, e podendo até sel-o contra, como no caso do ladrão e do salteador. (6)

Porque, pois, as legislações de todos os povos cultos protegem a posse e a elevam á categoria de um direito, como o demonstrámos no capitulo anterior, parecendo, assim, cahir em contradicção, visto punirem o furto e o roubo? (7)

3. E' questão muito controvertida, sobre a qual têm surgido varias theorias (8), que, á semelhança do que se faz, em direito criminal, sobre o fundamento do direito de punir, classificaremos em relativas, absolutas, mixtas e negativas: as primeiras filiam a protecção possessoria, não á propria posse, que julgam *per se*, inconcebível, mas a outros institutos juridicos; as segundas, ao contrario, affirmam que ella é protegida por si mesma, ou por ser a vontade da pessoa realizada sobre uma cousa ou porque, por meio desta, se presta, como a propriedade, á satisfação das necessidades humanas, fazendo, assim, parte do nosso patrimonio; as terceiras adoptam fundamentos de duas ou mais dessas anteriores; as quartas, finalmente, julgam ser impossivel, em direito romano, a solução do problema. (9)

4. Segundo as theorias relativas, a protecção possessoria funda-se:

1º) Na interdicção da violencia :

a) Por um motivo de ordem particular, porque a offensa á posse constitue um delicto contra a pessoa do possuidor : é a

(5) Vide cap. 1.º, § 5.º.

(6) *Ibidem*, § 3.º, n. 2.

(7) Jhering, *op. cit.*, cap. 2.º, pag. 3; Kuntze e F. Pollock, *Aput Jean Appleton, Protection Possessoire*, pgs. 4 e 6.

Nem se responda, como Dalmau (*op. cit.*, n. 236, pag. 265) que a posse é protegida, por ser um direito; pois cahiremos em um perfeito circulo vicioso, visto termos affirmado, no capitulo anterior, que ella é um direito, *por ser protegida* (Vide cap. 3.º, § 4.º, ns. 5, 6 e 7).

(8) Vide Jhering, *op. cit.*, pag. 6 e Dalmau, *op. cit.*, pag. 194.

(9) A classificação que adoptámos é uma combinação da que é acceita por Jhering, que divide as theorias em absolutas e relativas (*op. cit.*, pag. 6) e da que é exposta por Dalmau, que as divide em philosophico-juridicas e historico-negativas, subdividindo as primeiras em relativas, absolutas e mixtas, e as segundas em meramente historicas e estrictamente negativas (*op. cit.*, pag. 194).

theoria de Savigny (10), seguida, entre outros, por Molitor (11), Wan-Vetter (12), Zienolacki (13), Kuntze (14), Mattiolo (15) Brinz, Kierulff, Riedmaten e Koch (16), já tendo sido, anteriormente, esboçada por Pothier (17);

b) Por um motivo de ordem publica—para que o possuidor se não faça justiça pelas proprias mãos, infringindo o principio de que só ao Estado é que compete fazel-a (18):—é a doutrina de Rudorff (19), adoptada por De Filippis (20), Laurent (21), Ricci (22), Serafini (23), Wodon (24), Escriche e Schmidt (25), bem como pelas *Pandectas Belgas* (26);

2º) No principio de direito—que ninguem póde juridicamente vencer a outrem, si não tiver motivos preponderantes de um direito melhor:—assim opinam Thibaut (27), Ruggieri

Deixamos de contemplar as meramente historicas, por serem estas as que, encontrando difficuldades em averiguar qual o motivo philosophico-juridico da protecção possessoria (Dalmau. *op. cit.*, n. 163, pag. 195) objecto unico do presente capitulo—se limitam a aventurar as razões historicas de seu apparecimento em direito romano, questão que é completamente differente.

Existe ainda a classificação proposta por Giulio Capone, no *Archivio Giuridico*, vol. 50, pag. 9 a 15, que deixamos de expor, por se não firmar em principio algum classificador.

(10) *Op. cit.*, § 6.º, pags. 33 e 34.

(11) *Ob. cit.*, n. 59, pags. 125

(12) *Op. cit.*, § 144, pags. 294 e *Traité de la Possession*, § 5.º, pags. 32 a 36.

(13) *Aput Wan-Wetter supra*, nota 3, pags. 294.

(14) *Aput Appleton, op. cit.*, cap. 2.º, pags. 17.

(15) *Diritto Giudiciario Civile Italiano*, vol. 1.º, n. 271, pag. 252, quando trata dos interdictos *recuperandæ*; pois quanto aos *retnendæ*, admite a a presumpção da propriedade (n. 254, pags. 236).

(16) *Aput Dalmau, op. cit.*, n. 166, pags. 197.

(17) *Introduction Générale aux Coutumes*, n. 118, pags. 43 e 44.

(18) Dig., Liv., 50, Tit. 17, frg. 176.

(19) *Aput Jhering, op. cit.*, pags. 6 e 7.

(20) *Op. cit.*, liv. 1.º, n. 20, pags. 19.

(21) *Op. cit.*, vol. 32, n. 265, pags. 274.

(22) *Op. cit.*, vol. .º, n. 149, pags. 61 e 62.

(23) *Op. cit.*, vol. 5.º, n. 48, pags. 199 e 200.

(24) *Op. cit.*, vol. 1.º, n. 39, pags. 56.

(25) *Aput Dalmau, op. cit.*, n. 182, pag. 210.

(26) Tomo 5.º, 2.º, n. 17, pag. 731. Esta opinião, já fôra, muito antes, exposta por De Retes, nos seus *De Interdictis Preludia*, em que, definindo os interdictos, ensinava que elles eram concedidos «*publicæ tranquillitatis causâ*» e, commentando essas palavras, dizia que o fim dos mesmos era impedir o uso das armas e sujeitar os litigantes á jurisdicção do pretor (Dalmau, *op. cit.*, nota 47, a pag. 209), lição que foi ainda repetida por Huberus (*Vide Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, op. cit.*, n. 209, pag. 126). Apesar disso, a theoria tem o nome de Rudorff, por ter sido elle quem melhor a expoz e defendeu.

(27) *Aput Jhering, op. cit.*, pags. 6.

(28), Hufeland e Bornemann (29), Arndts, Leist, Hasse, Koeppe e Schaffrath (30);

3º) Na regra jurídica—*quilibet præsumitur bonus et justus donec probetur contrarium*—, em virtude da qual se deve admitir, até que se prove o contrario, que o possuidor, podendo ter um direito á posse, tem, na realidade, esse direito: affirmam-n'o Röder (31), Ahrens (32), Del Rosso, Nippel e Unterholzner (33);

4º) Na propriedade.

a) Como propriedade presumida, provavel ou possível: é a licção de Mühlembrück (34), Pothier (35), Troplong (36), Aubry et Rau (37), Accarias (38), Dalloz (39), Marezoll (40), Pugliese (41), Demolombe (42), Buonamici, Pagani, Scotti, Tartufari e Romagnosi (43);

b) Como germen da propriedade, propriedade incipiente ou potencial: doutrinam Gans (44), Trendelenburg, Thaden e Tigerstroen (45);

c) Como um complemento necessario da protecção da propriedade: professa Jhering (46), seguido por Wermond (47),

(28) *Op. cit.*, vol. 6º, §58, pag. 81 e §84, pags. 115.

(29) *Aput* Dalmau, *op. cit.*, n. 198, pag. 224.

(30) *Aput* Giulio Capone, *Archivio Giuridico cit.*, pags. 13 e 14.

(31) *Aput* Jhering, *op. cit.*, pag. 6.

(32) *Droit Naturel*, cap. IV, § 1.º, pags. 321 e 322.

(33) *Aput* Dalmau, *op. cit.*, n. 200, pags. 226.

(34) *Aput* Giulio Capone, no *Archivio Giuridico*, vol. 50, pag. 11.

Na *Doctrina Pandectarum*, tratando dos interdictos *recuperando*, elle segue a opinião de Rudorff (vol. 2.º, pags. 299).

(35) *Introduction aux Coutumes*, n. 40, pags. 737 e *Traité de la Possession*, cap. 6.º, n. 82, pag. 291.

(36) *De la Prescription*, n. 225, pags. 365.

(37) *Op. cit.*, vol. 2.º, § 177, pags. 108.

(38) *Op. cit.*, vol. 1.º, n. 211, pags. 533.

(39) *Répertoire*, vol. 36, verb. Prescription Civil, n. 237, pags. 122.

(40) *Droit Privé des Romains*, § 83, pags. 235.

(41) *Op. cit.*, n. 16, pags. 225 e seguintes.

(42) *Code Napoleon*, vol. 9.º, n. 480, pags. 366.

(43) *Aput* Dalmau, *op. cit.*, n. 207, pags. 232 a 234.

(44) *Aput* Jhering, *op. cit.*, pag. 6.

(45) *Aput* Giulio Capone, no *Archivio Giuridico cit.*, pags. 11 e Dalmau, *op. cit.*, ns. 210 e 211, pags. 239 a 241.

(46) *Interdictos*, pags. 42 a 197; *Espírito do Direito Romano*, vol. 4.º, § 71, pag. 352; *Theoria Simplificada cit.*, cap. V, pags. 113 a 119; *Volonté dans la possession*, pags. 315 e 317.

(47) *Op. cit.*, ns. 8 e 9, pags. 27 a 37.

Cornil (48), Segovia (49), Carpentier (50), Hauser e Reuling (51).

5. De accordo com as theorias absolutas, a protecção possessoria basêa-se :

1º) Na vontade materialmente incorporada em um objecto: é o que ensinam Gans Puchta, Bruns (52) Windscheid (53) Randa, Canstein, Rotiman, Schmidt, Unger, Bagliati, Barinetti e Bellavite (54);

2º) Em que a posse, como a propriedade, serve ao destino universal do patrimonio, isto é, á satisfação das necessidades humanas pelas cousas e pelo livre poder que sobre ellas exercemos; assim pensam Stahl (55), Buchel, Densburg e Zachariae (56);

3º) Em que, segundo o Digesto «*omnis possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet*» (57): é a opinião que, por ultimo, foi defendida por Bruns e que é preconizada por Padelleti (58).

6. Muitos escriptores adoptam os fundamentos de duas ou mais das doutrinas indicadas (59), chegando alguns a

(48) *Op. cit.*, § 21, pags. 314 e 315.

(49) *Código Argentino Commentado*, nota 1.866 ao art. 2.351, pags. 401.

(50) *Répertoire du Droit Civil Français*, vol. 30, verb. Possession, n. 7, pag. 845.

(51) *Aput Dalmau, op. cit.*, n. 219, pags. 248.

(52) *Aput Jhering, Interdictos*, pags. 6.

(53) *Pandectas* § 148, pags. 34 e 35.

(54) *Aput Dalmau, op. cit.*, n. 243, pags. 271 e 272.

(55) *Aput Jhering, op. cit.*, pags. 6.

(56) *Aput Dalmau, op. cit.*, ns. 238 a 240, pags. 266 e 267.

(57) *Liv. 43, Tit. 17. frg. 2.º.*

(58) *Da Acção Possessoria no Direito Romano e Moderno*, resumo de Padelleti no *Archivio Giuridico*. vol. 15, pags. 40 a 50.

(59) E' assim que: Appleton (*op. cit.*, cap. V, pags. 90 a 99) e Cogliolo (*Filosofia del Diritto Privato*, § 22, pags. 200 a 201) seguem todas as theorias expostas, menos a da vontade; (Garsonnet *op. cit.*, § CXXX, pags. 540 e 541) e Baudry-Lacantinerie et A. Tissier (*op. cit.*, n. 211, pags. 127), — a da presumpção da propriedade e a de Rudorff; Namur (*op. cit.*, § 8, pags. 149); Maynz (*op. cit.*, § 80, pags. 629) e Pacifici Mazzoni (*op. cit.*, n. 6, pags. 3)—a daquelle romanista e a da vontade; Lafayette (*op. cit.*, § 1.º, pags. 12 e 13) e Ribas (*op. cit.*, § 2.º, pags. 4 a 9)—as de Savigny, Rudorff e da presumpção da propriedade.

Galdi (*op. cit.* § 2.º, ns. 511 e 512, pags. 216 e § 3.º, n. 520, pags. 222), tratando do interdicto *unde vi*, adopta a theoria de Savigny e a de Rudorff. Quanto aos outros interdictos, não lhes apresenta fundamento al-

adoptal-os todos (60), formando esse eclectismo as chamadas theorias mixtas: outros julgam impossivel descobrir-se, em direito romano, qualquer fundamento philosophico-juridico á protecção possessoria, constituindo essa negativa as theorias assim chamadas (61).

Deixamos, porém, de as expôr; porque, desde que acceitemos uma das supra expostas, e refutemos todas as outras, ficarão, *ipso facto*, combatidas estas duas ultimas (62).

7. E' o que passamos a fazer, analysando as diversas theorias indicadas e mostrando porque a de Jhering nos parece a unica verdadeira.

gum em direito romano, limitando-se a refutar as doutrinas da presumpção da propriedade e de Gans (*vide* § 3.º, n. 525, pags. 225). Elle admite como fundamento destes interdictos em direito moderno, a presumpção da propriedade (n. 528, pags. 228), não a admittindo, porém, em direito romano, por ser contraria á hypothese de Niebuhr, que examinaremos adiante, no § 13.º, n. 10.

(60) Milone. *apud* Mazzoni, *op. cit.*, pags. 7.

(61) A' vista de tantas opiniões divergentes e algumas até extravagantes (um escriptor chegou a affirmar que a protecção possessoria se basea em uma carta que, a 19 de setembro de 1873, o Imperador Guilherme dirigiu ao Bispo de Reinkens, como se vê em Dalmau, *op. cit.*, pags. 192 e 316), affirmam alguns escriptores que o problema é em direito romano, insolúvel, assemelhando-se ao da quadratura do circulo: taes são Witte e Bekker (*Vide* Dalmau, *op. cit.*, ns. 305 e 306, pags. 315 e 346).

Na ultima edição de suas *Pandectas*, Windscheid concorda com Bekker, como se vê pelas seguintes palavras: «Per la soluzione della questione ulteriore—quale sia la ragione per cui il diritto romano ha accordato riconoscimento al fatto del possesso come tale, le nostre fonti non offrono alcun punto d'appoggio e non è lecito intrudere nel diritto romano quanto noi crediamo a ravviisare come fondamento della tutela spettante al possesso. Questo punto di vista fa energicamente valere Bekker nel libro menzionato (cfr. *Riv.* XVIII, p. 20 sg., Azzioni II, p. 28, 29, v del resto anche Meischeider, p. 51, sg.) ed io ne riconosco volentieri la giustizia. Perciò in questa edizione ho omissso il cenno contenuto nelle edizioni anteriori sulle numerose opinioni che sono state proposte relativamente al fondamento giuridico—filosofico della tutela del possesso.—(Nota 6 ao § 148, pags. 35).

(62) Como bem o diz Dalmau, provada a falsidade das partes, *ipso facto* ficará demonstrada a do todo (*op. cit.*, n. 235, pags. 261). Não se comprehende, pois, como Appleton, cujo trabalho é aliás, tão preconizado por Baudry-Lacantinerie et A. Tissier (*op. cit.*, § IV, nota 2, pags. 125), depois de reproduzir a refutação esmagadora que Jhering faz das theorias de Savigny e Rudorff, concordando, quasi *in totum*, com os argumentos do mesmo (*Vide op. cit.* pag. 24), todavia as adopta com a de Jhering, como o mostramos em a nota 59 supra.

Quanto a algumas das objecções feitas por Jhering á theoria de Savigny, elle confessa que «elles nous, écartent du système de Savigny» (*op. cit.*, pag. 24) e, quanto á doutrina de Rudorff, diz que «il semble bien que le principe auquel se réfère Rudorff n'ait été clairement aperçu que sous

§ 2º

THEORIAS DE SAVIGNY E DE RUDORFF

1. Diz Savigny que, sendo a posse um puro facto, o direito só a protege com o fito de reprimir um delicto contra a pessoa do possuidor, delicto proveniente da violencia que lhe faz quem o turba ou esbulha, sendo este o motivo porque, salvo o *precarium*, que resulta de uma injustiça, todos os outros interdictos presuppõem um acto de violencia contra o possuidor.

Transcrevamos suas proprias palavras :

« Como a posse, por si, não constitue um direito, a perturbação que se lhe faz não é, em rigor, um acto contrario ao direito ; para que se torne tal, é necessario que haja, ao mesmo tempo, violação da posse e de um direito qualquer.

Ora, é o que se dá quando a perturbação trazida á posse é o facto da violencia, pois toda a violencia é illegal, sendo que, contra essa illegalidade, é que é dirigido o interdicto.

Todos os interdictos possessorios têm, pois, um ponto commum : suppõem um acto que, por sua propria forma, é illegal.

Isto não soffre duvida quando se trata de actos de verdadeira violencia, actos essencialmente, e mais que

le Bas-Empire, à une époque où la législation romaine possédait déjà sur la matière de la protection possessoire, un corps de doctrine complètement formé. Gaius (*Inst.*, IV, 154) nous apprend que l'on peut impunément expulser un individu qui possède *vi, clam* ou *precario* à votre égard: *eum qui a me vi, aut clam, aut precario possideto, impune dejicio*. (*Op. cit.* pags. 24).

Não exporemos a theoria de Dalmau, porque só estudamos a questão em direito romano, ao passo que elle apresenta uma doutrina « independente de toda legislacion positiva, para que otro más experto construya sobre ella uma verdadeira theoria posesoria, realmente filosofica » (*op. cit.*, n. 315, pags. 357).

Elle, aliás, não tem theoria alguma propria ; mas adopta a de Jhering e estende-a a todos os direitos, dizendo que na posse se defende a exterioridade de um direito (*Op. cit.*, n. 427, pags. 484 e 485).

tros, contrarios ao direito. E é esse o ponto de vista em que se collocou o direito romano em todos os casos em que concede interdictos possessorios.

E' assim que, por exemplo, o *interdictum de precario* não se baseia, nem sobre uma convenção, nem sobre uma pretendida preferencia que o auctor reivindicaria a favor de seu direito, mas, unicamente sobre — ser injusto, em si, abusar da boa vontade de outrem, tanto quanto é injusto recorrer a violencia para se apoderar de uma cousa, pouco importando que aquelle de quem ella é tomada, seja ou não o seu proprietario.

E' por essa razão tambem que achamos sempre reunidos, em uma mesma fórmula, os tres modos viciosos de adquirir a posse — *vitia possessionis*.

Sendo, pois, os interdictos possessorios provocados por actos que, em sua fórmula, ferem o direito, comprehende-se porque aqui ainda, como na usucapião, a posse, feita abstracção de toda a base legal, póde tornar-se a fonte de verdadeiros direitos.

Quando o proprietario reivindica uma cousa, pouco importa saber como seu adversario se tornou della possuidor, pois que só o primeiro é que tem direito exclusivo a essa posse.

O mesmo sedá no interdicto que tem por objecto a *missio in possessionem*: « *Nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuerit* » (Lei 1^a, § 3^o, — *Ne vis fiat ei qui in poss.*).

Este interdicto não é possessorio, pois a *missio*, em si mesma, não tem, de modo algum, por effeito conferir a posse: ella só dá o direito de deter a cousa, e este direito faz-se valer do mesmo modo que o do proprietario.

E, ao contrario, aquelle que só tem a posse da cousa, não tem só por isso o direito de a deter, tendo, porém, o direito de exigir que ninguem o violente. Caso alguém o quizesse fazer, é por um interdicto que elle se protegeria contra a violencia, e é o simples facto da posse que lhe dá direito a esse interdicto.

Aqui, pois, como a respeito da usucapião, a posse se torna a causa determinante de certos direitos » (1).

2. A opinião de Rudorff, baseando a protecção possessoria em um principio de ordem publica — a prohibição da justiça por proprias mãos —, concilia-se perfeitamente com a de Savigny, já porque esse interesse publico póde coincidir com o interesse privado do possuidor, já porque a turbação e o esbulho violentos da posse nem sempre têm por fim fazer justiça por proprias mãos como o não têm na tirada illegal da posse *clam aut precario* (2).

O proprio Rudorff reconheceu a procedencia dessas razões, pelo que tacitamente abandonou sua opinião, adoptando a de Savigny (3).

Eis porque, no presente paragrapho, reunimos as duas theorias, limitando-nos a analysar a deste romancista.

3. Como nol-o mostra Jhering (4), ella é inaceitavel pelos seguintes motivos :

1.º Não abrange casos que deveria abranger, taes como :

(1) *Op. cit.*, § 2.º, pags. 9 a 11.

(2) Jhering, *op. cit.*, pags. 7 e 8; Bethmann-Hollweg, na *Posse* de Savigny, *Appendice*, pags. 583 e 584.

(3) Eis suas palavras : « Bethmann-Hollweg, dans son jugement sur cet ouvrage (*Jarb fur Kritik*. 1838, n. 35), ajoite une observation convaincante » (Savigny, *Posse*, *Appendice*, pags. 583).

Não é menos convincente a observação de J. Appleton, em a nota 57 ao § 1.º deste capitulo, bem como a que ainda faz : « Si l'on s'en tient à la période classique, sans faire porter son examen sur les derniers siècles de l'Empire, où des considerations de police et d'ordre public avaient fait édicter sur ce point des dispositions spéciales, on remarquera que le défaut de protection possessoire d'un possesseur contre la personne à l'égard de laquelle sa possession est vicieuse, se trouve proclamée par de nombreux textes. Et même dès une époque très ancienne, la loi agraire de 643, improprement appelée loi Thoria, contient, dans sa ligne 18, une phrase révélatrice : elle accorde une action restitutoire au titulaire d'une *possessio* expulsé par violence, mais seulement si *neque vi, neque clam neque precario possideret ab eo qui eum ea possessione vi ejecerit*. — Voyez aussi Cicéron, *Pro Coecina*, 8, 22, 23; *Pro Tullio*, 44; Gaius, IV, 154 : *Eum qui a me vi, aut clam, aut precario, possidet, impune dejicio*; Paul, V. 6, § 7 : *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur*; et pour les meubles le fr. 1, § 1.º, *Utrubi*, 43, 31. » (*Op. cit.*, pags. 27 e 28).

(4) *Op. cit.*, pags. 9 a 20 e 84 a 87.

A) Os *detentores alieno nomine*, como os locatarios, arrendatarios e depositarios, que não gosam da protecção possessoria, embora a conservação da cousa que detêm por outrem lhes tenha sido turbada por uma violencia injusta, violencia que, entretanto, é um attentado contra a personalidade dos mesmos, como o seria contra a do possuidor.

Eis a resposta de Savigny:

« De duas uma : ou esse detentor está de accordo com o verdadeiro possuidor, ou em opposição ao mesmo.

No 1º caso elle não tem necessidade dos interdictos, visto que os do possuidor lhe bastam ;

No 2º, si elle quizesse invocar os interdictos contra a vontade do possuidor, seja contra este mesmo, seja contra um terceiro, não o poderia, porque, fazendo-o, contraviria as relações obrigatorias sobre as quaes se baseia sua detenção e que cobrem completamente todos os seus interesses » (5).

Esta resposta não satisfaz; porque, si os interdictos foram introduzidos, não por causa da posse, mas para proteger a pessoa contra a violencia, o detentor a soffreu, e pois, não deve, para a reprimir, ficar na dependencia do possuidor, quando a injustiça lhe foi *pessoal*.

O que é logico é que, si ambos foram, em sua personalidade, lesados pela violencia, sejam ambos protegidos, como si um só o foi, só este o seja.

E' o que se dá com o interdicto *quod vi aut clam*: si o *opus quod vi aut clam factum* lesa igualmente os interesses do senhorio e do arrendatario, são ambos protegidos (6).

Ora, si attendermos a que este interdicto presuppõe um delicto — *facto tuo DELINQUENTIS* (7), *INJURIAM comminisci* (8) — facilmente concluiremos que, si os jurisconsultos romanos con-

(5) *Op. cit.*, § 6.º, pag. 40.

(6) *Dig.*, Liv. 43, Tit. 24, frg. 12.

(7) *Ibidem*, frg. 3.º, pr.

(8) *Ibidem* frg. 1.º, § 2.º

siderassem os interdictos possessorios como tendentes a reprimir um delicto contra a pessoa, necessariamente os concederiam tambem aos meros detentores.

Não procede a resposta de Savigny — que elles não precisam de uma protecção independente; pois, tanto o precisam, que o direito romano lhes concede as *actiones furti* (9) e *vi bonorum raptorum* (10).

Si o faz, é que reconhece a lesão aos direitos do mero detentor e a necessidade de lhe conceder uma protecção immediata.

E esta protecção abrange, não só a lesão á pessoa, como o interesse patrimonial do detentor na conservação da coisa: «*Preterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia INTEREST EORUM* (11); *ut EX SUBSTANTIA MEA res ablata esse proponatur... ut INTERSIT MEA eam non auferri* (12).

Accresce que o possuidor póde estar ausente e na impossibilidade de vir defender o detentor, como quando o senhorio móra em localidade differente e, ás vezes, muito distante da do inquilino (13).

Não é tambem satisfactoria a resposta de Savigny, quando diz que—si o possuidor e o detentor não estiverem de accordo, este não póde invocar os interdictos, visto exorbitar das relações obrigatorias em que baseia sua detenção;—porquanto:

- a) com esta exorbitancia nada tem que ver o turbador;
- b) esta hypothese se daria, principalmente, quando o locador fosse expulso pelo locatario; ora, em tal caso, este, que se fez possuidor, tem os interdictos (14).

B—. A detenção de cousas *extra commercium* e das pessoas incapazes de ser possuidas e a que é feita pelas que não podem possuir.

(9) Dig., Liv. 47, Tit. 2.º, frg. 14, § 2.º, e frg. 85.

(10) *Ibidem*, Tit. 8.º, frg. 2.º, § 22.

(11) Dig., Liv. 47, Tit. 2.º, frg. 14, § 2.º

(12) *Ibidem*, frg. 2.º, § 22.

(13) Wermond, *op. cit.* pag. 25.

(14) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frg. 12.

a) *Cousas*: como é corrente, não pôde haver questão de posse e nem de protecção possessoria das cousas *extra commercium*.

Ora, esse principio é inconciliavel com a theoria de Savigny ; porquanto, si a posse é protegida por causa da violencia feita á pessoa, pouco importa a natureza da coisa por ella detida por occasião da dita violencia, como é completamente indifferente que um homicidio se tenha dado perto de uma casa ou de um campo, ao pé de um carvalho ou de uma faia.

E' o que se dá com a *actio injuriarum* (15), em que se prescinde da qualidade juridica da coisa:—que se impeça a alguém de usar de uma coisa propria ou de uma *res publica* (*in publico lavare, aut in cavea publica sedere*) ou de uma *res communis omnium* (*in mari piscari*), — sempre elle terá a *actio injuriarum*.

Tambem o detentor, auctorizado, de um *locus publicus* é protegido pelo pretor com o interdicto *de loco publico fruendo* (16).

Nem se diga que o possuidor de uma *res extra commercium*, em possuindo-a, commette uma injustiça e esta não deve ser protegida; pois o mesmo se pôde dizer do ladrão e do salteador, que, entretanto, gosam dos interdictos possessorios.

Porque tinha o *pater familias* o interdicto possessorio *utrubi* contra quem retinha seus escravos e o não tinha no caso da retenção de seus filhos, devendo então recorrer a um interdicto especial—*de liberis exhibendis et ducendis*?

b) *Pessoas*: Os escravos e os filhos-familias são, em direito romano, incapazes de possuir (17), principio este que, segundo Savigny,

«resulta evidentemente da regra geral, segundo a qual o filho-familias não pôde ter direito patrimonial algum» (18).

(15) *Ibidem*, Liv. 47, Tit. 10, frg. 13, § 7.º.

(16) *Ibidem*, Liv. 43, Tit. 9.º, frg. 1.º, pr. e frg. 2.º; Appleton, *op. cit.*, pag. 29.

(17) *Dig.*, Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 49, § 1.º.

(18) *Op. cit.*, pags. 109.

Como, porém, se conciliar essa explicação com sua doutrina—que, na posse, *não é o patrimonio* que é protegido e, sim, a pessoa ?!

Si é do delicto que nascem os interdictos possessorios, não podemos recusar-os ao filho-familias, como lhe não recusamos a *actio injuriarum* e o interdicto *quod vi aut clam*: «*Suo nomine nullam actionem habet, NISI INJURIARUM ET QUOD VI AUT CLAM et depositi et commodati* (19).

2º) **Abrange casos que não deveria abranger:** é assim que concede os interdictos possessorios ao ladrão e ao salteador, quando estes não gosam das acções criminaes—*actio furti* e *actio legis Aquiliae* (20).

E por que motivo ?

Porque «*Nemo DE IMPROBitate sua consequitur actionem* (21); por que só «*habet actionem, SI HONESTA EX CAUSA INTEREST*» (22).

Ora, esta mesma razão deveria prevalecer para os interdictos possessorios.

Outra incoherencia : Si ao *malae fidei possessor* o proprietario tirar a coisa clandestina ou violentamente, ou si a destruir, aquelle não terá contra este nenhuma acção *ex delicto*: nem a *condictio furtiva*, porque ella presume a propriedade; nem a *actio furti* e a *actio legis Aquiliae*, como o vimos supra; de sorte que, prevalecendo-se simplesmente de seu direito de propriedade, o proprietario repellirá qualquer dessas acções; entretanto, si aquelle intentar um interdicto possessorio, como, no direito justinianeu, póde fazel-o, tanto para os moveis, como para os immoveis (desde que Justiniano collocou completamente na mesma linha os interdictos *uti possidetis e utrubì*), já não poderá o proprietario excepçionar com a sua propriedade, e a *malae fidei possessio* do auctor só será agitada tanto quanto a *exceptio vitiosae possessionis* fôr fundada em relação a elle proprietario.

(19) Dig., Liv. 41, Tit. 7.º, frg. 9.º.

(20) *Ibidem*, Liv. 47, Tit. 2.º, frg. 12, § 1.º; e frag. 76 § 1.º Liv. 9.º, Tit. 2.º, frgs. 10 e 36 e arg. do frg. 17, pr.

(21) *Ibidem*, frg. 12, citado.

(22) *Ibidem*, frg. 76, § 1.º citado.

Vê-se, pois, que o ponto de vista de apreciação differe completamente nos dois casos: no primeiro, prevalece a consideração do delicto; no segundo, cousa muito diversa.

3º) Não se concilia com a inexistencia de natureza delictuosa em quasi todos os interdictos possessorios. Com effeito, analysando os differentes interdictos possessorios, só em um—o *unde vi* (23) encontraremos a existencia da natureza delictuosa de que fala Savigny.

Elle procura justifical-a, quanto ao *interdictum de precario*, dizendo :

« que é injusto, em si, abusar da boa vontade de outrem, tanto quanto é injusto recorrer á violencia para se apoderar de uma cousa » (24).

A proceder esta razão, deveríamos tambem, como é intuitivo, chamar acções *ex delicto* á *condictio ex mutuo* e á *actio commodati*.

Si o interdicto *de precario* póde assumir um character delictuoso pelo dolo do precarista (25), tambem a acção de reivindicação o póde pelo dolo do possuidor; como, porém, esta simples possibilidade não converte a reivindicação em acção *ex delicto*, tambem não converte o interdicto *de precario*.

Será que a recusa de restituir a posse conterà necessariamente um *dolus*?

Não; porquanto póde acontecer que, por exemplo, o herdeiro do precarista ou o seu tutor ou curador, caso elle seja menor ou interdicto, não conheçam de modo algum o *precarium*, ou que o proprio precarista tenha, no intervallo, sabido que elle é que é o verdadeiro proprietario do objecto e recuse a restituição do mesmo, — *idcirco quia receptum est rei suæ precarium non esse* (26).

(23) Este proprio interdicto perdeu, depois, o character de acção *exdelicto*, como o diz Bruns (Dalmau, *op. cit.*, n. 173, nota 35, pags. 200).

(24) *Op. cit.*, pags. 11.

(25) Dig., Liv. 43, Tit. 26, frg. 8.º, § 8.º.

(26) *Ibidem*, frg. 4.º, §. 3.º; Liv. 5.º, Tit. 17, frg. 45, pr.

Quanto ao interdicto *utrubi*, na fôrma que tinha antes de Justiniano, não presuppunha violencia alguma ; pois podia ser intentado, não só contra quem tinha immediatamente subtraído a posse ao auctor, como contra qualquer terceiro, mesmo o *bonæ fidei possessor* : a condição unica era que o auctor tivesse possuido, por mais tempo que o reu, durante o anno anterior, a partir do momento da propositura da acção.

Que este interdicto, bem como o *uti possidetis*, não presuppõem violencia alguma, é o que resulta evidentemente do motivo porque elles foram introduzidos em direito romano.

Eil-o :

« Todas as vezes, diz Ulpiano, que ha debate sobre uma questão de propriedade, ou existe accordo entre as partes sobre qual dellas tem a posse, ou não. Si existe, tudo é simples : aquelle a quem a posse é reconhecida é que gosará das vantagens a ella inherentes, devendo a outra parte representar o papel de auctor na acção de reivindicação.

Si ha, porém, discussão sobre o ponto de se saber quem possue, pretendendo cada uma das partes ter a posse, ou então, si o debate versa sobre um immovel, recorrer-se-á ao interdicto *uti possidetis* » (27).

« Tem logar, diz Gaio, a concessão de um interdicto *retinendæ possessionis*, quando, havendo um debate sobre a propriedade, se tem, antes, de indagar qual dos litigantes deve possuir e qual deve representar o papel de auctor : dahi os interdictos *uti possidetis* e *utrubi*.

Concede-se o *uti possidetis*, quando se trata da posse de um fundo ou de casas ; o *utrubi*, porém, quando se trata da posse de cousas moveis » (28).

Assim, pois, segundo estes textos, aos quaes poderemos accrescentar outros, (29), os interdictos *retinendæ* não foram introduzidos para reprimir violencia alguma, á qual nem de leve se

(27) *Ibidem*, Tit, 17, frg. 1.º, § 3.º.

(28) *Commentarios*, Liv. 4.º, §§ 148 e 149.

(29) Cod., Liv. 3.º, Tit, 32, Const. 13 e Liv. 8.º, Tit. 1.º, Const. 3.ª.

referem, mas, simplesmente, para decidir uma *controversia possessionis*, como preliminar á acção de reivindicação, afim de determinar quem nesta devia figurar como reu e quem como auctor.

E' o que mais terminantemente ainda declara o mesmo Ulpiano.

« O resultado do debate sobre a posse é sómente levar o juiz a declarar quem possui: portanto, aquelle, contra o qual tiver sido dada a decisão neste debate sobre a posse, deverá representar o papel de auctor, quando propuzer a questão de propriedade » . (30)

E póde haver *controversia possessionis* sem que haja delicto algum.

Assim, nos diz Juliano, que a entrega da posse póde ser feita *sub conditione*, e dahi elle conclue que, embora a cousa tenha sido entregue ao *accipiens*, este, todavia, só adquirirá a posse da mesma no dia em que a condição se realizar (31)

Ora, supponha-se que entre as partes haja uma questão sobre essa realização: haverá um debate sobre a posse, uma *controversia possessionis*, e, entretanto, não haverá violencia e nem delicto algum.

O mesmo póde dar-se, quando, entre dois pretendentes a uma herança, se tratar de saber quem primeiro tomou posse do fundo hereditario, ao qual, por caminhos differentes, chegaram ambos ao mesmo tempo: haverá *controversia possessionis*, mas toda pacifica, sem violencia alguma, e é precisamente neste exemplo que Ulpiano e Gaio acham o ponto de partida na discussão deste interdicto.

Dous co-possuidores acham-se em desaccordo sobre uma reparação a fazer no predio e desejam provocar uma decisão judiciaria, o que, conforme o Codice (32), farão pelo *uti possidetis*.

(30) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 35.

(31) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 38, § 1.º.

(32) Liv. 10, Tit. 3.º Const. 12.

Para provar que nestes dous interdictos ha violencia, Saigny invoca a formula dos mesmos: « *vim fieri veto* » (33).

Este argumento, porém, é contraproducente.

Basta, com effeito, comparar esta formula com a dos interdictos que, *nemine discrepante*, têm um caracter penal, visto terem sido estabelecidos para punir um facto delictuoso:— o *quod vi aut clam* e o *unde vi*.

Eis a formula do primeiro: « *Quod vi aut clam FACTUM EST... restituas* » (34).

Eis a do segundo: « *Unde vi illum DEJECISTI aut familia tua DEJECIT... judicium dabo* » (35).

O modo por que o pretor se exprime, nestes dois interdictos, usando do verbo no passado, mostra, sem a menor sombra de duvida, que elle quiz exprimir uma violencia *anterior aos mesmos*; e, entretanto, no *uti possidetis* e no *utrubi* elle se refere, tambem, sem a menor sombra de duvida, a uma violencia *futura, posterior* ao edicto, quando, firmando-se nelle quizer o auctor levar a cousa: « *Uti nunc possidetis, QUOMINUS ITA POSSIDETIS, VIM FIERI VETO.* » « *Utrubi hic homo de quo agitur, apud quem majore parte hujus anni fuit, QUOMINUS IS EUM DUCAT, vim fieri veto* » (36).

E' o que se vê ainda pela missão dada ao juiz ou aos recuperadores de examinar *Num vis facta sit contra edictum pretoris* (37) referindo-se, portanto, ao tempo posterior ao edicto (38).

4.º) São inuteis os interdictos possessorios, considerados como acções criminaes especiaes, attentas as que já existiam e que eram mais que sufficientes:— para a turbação da posse, o interdicto *quod vi aut clam* (39)

(33) *Op. cit.* pag. 374, citando o Dig., Liv. 43, Tit. 31, frg. 1.º pr.

(34) Dig., Liv. 43, Tit. 24, frag. 1.º pr.

(35) *Ibidem*, Tit. 16, frg. 1.º, pr.

(36) Gaio, *Commentarios*, Liv. 4.º, § 160,

(37) *Ibidem*. § 141: « *An aliquod adversus prætoris editum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jussit.* »

(38) Vide ainda, no mesmo sentido, Ruggieri, *op cit.*, vol. 1.º § 15, pag. 27; Appleton, *op. cit.*, 22, citando tambem Saleilles. Wermond, *op. cit.*, 21 e 22.

(39) Dig., Liv. 43, Tit. 24, frg. 7.º, §§ 5.º, 6.º, 9.º e 10; frgs. 9 e 11.

e a *actio injuriarum* (40); para o esbulho, a *actio furti*, que no direito antigo, se extendia mesmo aos immoveis (41), e comprehendida, ao mesmo tempo, a subtracção clandestina e a violenta (42) e poderia, sendo necessario, estender-se mesmo ao precarista (43).

5º) Tambem as **condictiones** tendentes á restituição da posse, e de que se originaram os interdictos possessorios, não se conciliam, como o ensina Bruns, com a theoria de Savigny; porquanto nellas a posse apparece como objecto e base da acção, independentemente de toda a violencia (44).

4. Resumindo e invertendo a ordem dos argumentos expostos, concluimos que a doutrina de Savigny attribue ao pretor a criação de acções *ex-delicto*, oriundas da violencia, para a protecção possessoria, quando:

1º) nas *condictiones* de que ellas se originaram, não ha referencia a delicto ou violencia alguma (5º);

2º) eram completamente desnecessarias ao lado das acções já existentes (4º).

3º) salvo em uma, não ha, em todas as outras, ideia alguma de delicto ou violencia (3º);

4º) abrange casos que não deveria abranger (2º), e, ao inverso,

5º) não abrange os que deveria abranger (1º) (45).

(40) *Ibidem*, Liv. 47, Tit. 10, frg. 13, § 7.º.

(41) Gellius, XI, 18, § 13.

(42) Dig., Liv. 47, Tit. 8.º, frg. 1.º; Gaio, *Commentarios*, Liv. 3.º, § 209.

(43) Gellius, *loco citato*, comparado com o Dig., Liv. 47, Tit. 2.º, frgs. 66, pr., e 67, pr.

(44) *Da Acção Possessoria no Direito Romano e no Moderno*, pags. 27 e seguintes, *apud* Jhering, *op. cit.*, pag. 19, nota 31.

Este ultimo ponto será convenientemente desenvolvido.

(45) São esses, em resumo, os argumentos de Jhering e que são reproduzidos pelos outros escriptores, como se pode ver em Dalmau, *op. cit.*, ns. 166 a 179, pag. 196 a 207; Appleton, *op. cit.*, pags. 18 a 29; Wermond, *op. cit.*, n. 6, pags. 16 a 26; Cornil, *op. cit.* § 21, pag. 311. e 312, e Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.º, §§ 12 a 20, pags. 23 a 33.

§ 3º

THEORIA DE THIBAUT

1. Segundo Thibaut, a posse é protegida, porque

«é um principio dominante e necessario na vida racional—que ninguem póde vencer juridicamente a outrem, si não tiver motivos preponderantes de um direito melhor; dahi resulta que este estado de cousas, *puramente de facto em si*, se torna da mais alta importancia juridica, por conduzir a esta regra—que todo o individuo que exerce, de facto, um direito, deve ser mantido neste estado de facto, até que um outro tenha demonstrado ter um direito melhor» (1).

2. Esta theoria é igualmente inaceitavel; porque :

I) si a posse é um simples estado de facto, não seria preciso um direito preeminente para fazel-a desaparecer; pois o estado de facto nasce e passa sem que o direito nelle tome a menor parte.

E' um facto, exemplifica Jhering, que minha tilia protege o meu vizinho contra os raios do sol; mas quem o protegerá, si eu quizer abatel-a?

Para um commerciante é um facto ter uma boa freguezia, mas ninguem impedirá a um concorrente de lh'a tirar;

II) o locatario, que é expulso por um terceiro sem direito algum á cousa, tem *um direito melhor* que este, visto que seu estado de facto repousa sobre uma concessão obrigatoria da parte do verdadeiro proprietario e, entretanto, não se lhe concedem os interdictos possessorios, como, si elle subtrahir a

(1) *Systema das Pandectas*, §§ 203 e 204, apud Jhering, *op. cit.*, pag. 20, nota 32.

posse ao *dejiciens* ou a um herdeiro deste, não se lhe permite provar que tem um *direito melhor* (2).

§ 4.º

THEORIA DE RODER

1. Röder funda a protecção possessoria no principio segundo o qual — *quilibet praesumitur justus, donec probetur contrarium*.

(2) *Ibidem*, pags. 20 a 22; Dalmau, *op. cit.*, ns. 197 a 199 pags. 223 a 225; Ruggieri *op. cit.*, §§ 25 e 26, pags. 40 a 42; Appleton, *op. cit.*, pag. 30.

Como se pôde ver, nos paragraphos supra citados, Ruggieri refuta a doutrina de Thibaut, reproduzindo, com pequena variante, os argumentos supra de Jhering.

Não conclue, entretanto, como era força, pela falsidade completa da mesma, mas só por uma falsidade *parcial*: «Tutto questo ho detto non colla vista di condannare come *del tutto false* in se le cose scritte da questi autori; che anzi' modificate e messe al loro posto vedremo esser giustissime. Mal il principale errore, in cui secondo me sono i medesimi incorsi, sta nello aver pronunciato queste idee come principale od uniche nella spiegazione della difesa del possesso» (Pag. 42).

Pois bem; no §58 elle adopta doutrina identica á de Thibaut e não apresenta qualquer outra ideia principal ou accessoria: «Dalle cose esposte apparisce che esistono realmente interdetti effetti del possesso e sua difesa. Ma che non sono tali riguardato il possesso per se e per virtù semplice del medesimo, privo com'è di vero elemento atto a generare diritti. L'efficacia, che il possesso per se solo non avrebbe, l'ha avuta dall'opera animatrice del pretore. Il pretore diè peso ad una ragione di convenienza relativa al, possesso; *qual si è non debbasi, a diritto non provato, cangiare uno stato di fatto*» (Pag. 81).

Observa Appleton que «l'objection d'Jhering serait fondée, si l'on pouvait dire d'une façon absolue que la possession est un fait.

Mais il est impossible de raisonner avec cette rigueur; et, en presence des textes contradictoires que nous avons cités plus haut, et qui considèrent la possession, tantôt comme un droit, tantôt comme un fait, il faut dire, soit que la possession est à la fois un droit et un fait, soit qu'elle n'est ni l'un ni l'autre, soit qu'elle est l'un ou l'autre, suivant le point de vue auquel on se place, mais il est impossible de donner une réponse absolue. Il faudra donc tenir compte, dans une certaine mesure, de l'idée de Thibaut.» (*Op. cit.*, pags. 30 e 31).

Esta observação é, em todos os pontos, improcedente:

1.º Jhering argumenta com as palavras do proprio Thibaut, para o qual a posse é um *puro facto*, como se vê supra, no n. 1 do paragrapho, onde estão sublinhadas as ditas palavras;

2.º Porque, mesmo que Thibaut admittisse que a posse é um direito, ainda assim, sua theoria seria inaceitavel, porque o locatario tem um direito e, entretanto, não tem os interdictos possessorios;

3.º Porque já deixamos demonstrado: a) que a posse é um direito e só um direito (cap. 3.º); b) que é só aparente a contradicção dos textos do direito romano (*Vide* cap. 3.º, § 3.º, nota 27).

Diz elle, em virtude deste direito

«de que gosa todo o possuidor, é preciso admittir provisoriamente que toda relação exterior que elle se acha em frente de uma pessoa ou de uma cousa e que póde ter por base e por causa um direito necessario a seu exercicio, não subsiste tambem na realidade, sinão em virtude desse direito e que, por consequencia, essa relação não é injusta.» (1)

2.—Esta theoria não é verdadeira, porque :

a) não abrange os *detentores alieno nomine*, em cujo favor milita o mesmo principio ;

b) e, ao contrario, abrange os *malæ fidei possessores*, que se não podem nelle firmar ;

c) porque é da natureza do mesmo admittir-se a prova em contrario—*donec probetur contrarium*—, ao passo que similhante prova é excluida do possessorio ; (2)

d) porque o dito principio deve tambem applicar-se ao *de-jiciens* com relação ao *dejectus* e, pois, como o dizem Ruggieri e Dalmau, não se explicam os interdictos *recuperandæ possessionis* (3).

(1) *Aput Jhering, op cit*, pag. 22.

(2) *Ibidem*, pags. 22 e 23. Quanto á primeira dessas razões—não abranger os *detentores alieno nomine*—, diz Appleton : «Nous admettons parfaitement le bien fondé de ce reproche.» E, entretanto, continúa : «Mais que faut-il conclure de là ? Non pas que l'opinion de Röder est inexacte, mais qu'elle est impuissante à tout expliquer dans le système romain . (Op. cit., pags, 31).

Ora, Jhering só se refere ao systema romano, tanto que conclue sua critica, dizendo :

«Nous sommes partis de la supposition que Röder a pris pour base de sa theorie la notion scientifique habituelle ou romaine de la possession ; que celui qui dans un traité de philosophie du droit veut en établir une autre, le fasse, je ne conteste ce droit à personne ; mais au moins qu'il dise alors pourquoi et comment il s'écart du droit romain ; c'est ce que Röder n'a point fait». (Op. cit., pag. 23).

Accresce que Appleton cahe em palpavel contradicção, pois já acceitou a procedencia completa e total da objecção contra a theoria de Savigny. (Vide op. cit., pags. 20 e 21), quando a razão é a mesmissima em relação á de Röder, isto é, ambas as theorias não abrangem casos que deveriam abranger.

Quanto á segunda razão, diz Appleton : «Cette objection ne me parait pas peremptoire. Il y a dans l'opinion de Röder, une idée inexprimée, mais qui découle directement du principe sur lequel il s'appuie, et qui me semble répondre d'une façon satisfaisante à l'objection d'Jhering. Oui, quiconque exerce les prerogatives d'un droit, doit être considéré comme titulaire de ce

3. Póde, pois, a theoria de Röder ser admissivel em philosophia do direito ; nunca, porém, em direito romano (4).

§ 5º

THEORIA DA PRESUPÇÃO DA PROPRIEDADE

1. A glosa de Accursio á lei 37, *in fine*, de *Judiciis* admitindo, nos interdictos possessorios, a *exceptio dominii*, deu origem á theoria—da presumpção da propriedade na posse, como fundamento da sua protecção juridica (1), theoria que foi acceita pela antiga escola italiana e franceza, como o é ainda hoje pela torrente dos jurisconsultos de ambos estes os paizes e da Hespanha e por muitos da Allemanha (2).

2. Diz Jhering que a razão pela qual Savigny, na 7ª edição, pags. 512, não admite esta theoria, é que o direito romano não reconhece similhante presumpção.

Esta razão, revida Jhering, não é acceitavel ; pois não se trata aqui de um preceito juridico positivo, mas de uma ques-

droit jusqu'à ce que le contraire soit prouvé contre lui. Mais en quelle forme doit se faire cette preuve ? Celui qui prétend avoir un droit sur une chose detenue par autrui, doit faire valoir ce droit sous forme d'action. Il ne lui est pas permis de modifier la situation que lui assigne la loi et de se prévaloir, au moyen d'une exception, d'un droit prétendu qu'une action intentée par lui aurait suffi à faire reconnaître. » (*Op. cit.*, pag. 32).

Não é procedente esta razão :

a) Porque a regra de direito é que na propria acção proposta pelo auctor é que o reu póde provar a falsidade da presumpção que milita a favor do mesmo auctor (Maynz, *Droit Romain*, vol. 1.º, § 68, pag. 575), ao passo que, nos interdictos propostos pelo possuidor, ninguém póde provar que lhe falta o direito de propriedade, isto é, a presumpção de Röder ;

b) Porque, nos interdictos, ao contrario do que affirma Appleton, o reu poderia contestar as pretensões do auctor, «en deniant, soit l'existence des conditions requises dans le chef du demandeur, soit les faits que celui-ci lui reprochait, ou bien en soutenant, de son côté, des faits qui, dans l'espèce, constitueraient une EXCEPTIO». (*Op. cit.*, § 71 e nota 13, pag. 596) ;

c) Porque, mais uma vez, Appleton cahe em palpavel contradicção ; pois admite que o interdicto de *precario* é possessorio e concorda com Jhering que, nelle, o rogans póde oppôr a *exceptio proprietatis* (*Op. cit.*, pags. 67) ;

d) Porque, em todos os interdictos possessorios, se admite a *exceptio vitiosae possessionis ab adversario* (*Vide* cap. 2.º, § 9.º, n. 5 e nota 9).

(3) Dalmau, *op. cit.*, n. 203, pag. 228.

(4) Jhering, *op. cit.*, pag. 23.

(1) Ruggieri, *op. cit.*, § 6.º, pags. 16 e 17.

(2) *Vide* § 1.º, notas 32 a 41 e Dalmau, *op. cit.*, n. 207, pags. 230 a 238.

tão legislativa, que não foi mais amplamente desenvolvida no direito romano, e para a qual nós nos podemos servir de toda a expressão, mesmo desconhecida dos romanos, comtanto que traduza exactamente a cousa.

A razão, continúa elle, é que o legislador não teria motivo algum para estabelecer semelhante presumpção, excepção á regra geral—que todo o direito deve ser provado.

Não basta, conclúe, o facto estatístico, segundo o qual, na maioria dos casos, o possuidor é proprietário, do mesmo modo que a estatística da mortalidade não póde estabelecer a presumpção de que uma pessoa morreu com uma certa idade ou vive ainda (3).

3. São procedentes as razões de Jhering, sendo, porém, infundada a censura feita a Savigny; porque o motivo que este apresenta, *loco citato*, não é o de que fala Jhering—não ter o direito romano admittido esta presumpção —, mas os seguintes:

1.^o) esta theoria não tem base jurídica, visto que, no caso de simples posse, não se póde presumir a propriedade mais a favor do possuidor do que a favor de qualquer terceiro;

2.^o) porque é isso o que resulta, si compararmos a simples posse com a *bonae fidei possessio*, onde ha verdadeira presumpção que se póde elidir pela *exceptio dominii*, o que se não dá na posse, onde se não admitte a *exceptio vitiosae possessionis ex persona tertii*, tendo a presumpção, na *bonae fidei possessio*, sua base no titulo legal, que não existe na simples posse;

3.^o) porque esta presumpção se não concilia com a *malae fidei possessio*, que é, entretanto, verdadeira posse e dá direito aos interdictos;

4.^o) porque se acabaria com a differença entre o petitorio e o possessorio, a qual é essencial em direito romano. (4)

(3) *Op. cit.*, pags. 24 e 25.

(4) *Posse*, § 6.^o, pags. 38 e nota 3 á pags. 512.

§ 6º

THEORIA DE GANS: — A PROPRIEDADE INCIPIENTE

1.—Segundo uma das opiniões de Gans (1), o fundamento juridico da protecção da posse está em ser esta uma propriedade incipiente ; pois, desde que se prolongue pelo lapso de tempo legal, conduz, mediante a prescrição acquisitiva, á aquisição da propriedade : é, portanto, a esta origem do dominio que o legislador visou proteger (2).

2.—Esta razão é improcedente ; porque só conduz á usucapião a posse com justo titulo e bôa fé, ao passo que os interdictos possessorios são concedidos a todos os possuidores mesmo sem titulo e sem bôa fé, como o ladrão (3).

3.—Essa theoria, como bem o diz Wermond, explica, não a razão porque todo o possuidor é protegido e tem os interdictos, mas sómente por que motivo o possuidor, que tem justo titulo e bôa fé, é protegido de uma maneira particularmente energica pela *publiciana in rem actio* (4).

§ 7º

THEORIA DA VONTADE

1.—De accordo com esta theoria, a posse é protegida, por ser um acto da vontade applicada a uma coisa ou nella incorporada, constituindo um direito que deve ser protegido :

a) porque a vontade é, *per se*, um elemento substancial que merece protecção (Gans) (1);

b) ou porque, sendo vontade de uma pessoa juridicamente capaz, é *possivel* que seja uma vontade justa, protegendo-

(1) Elle adopta ainda a theoria da vontade (*Vide* § 1.º, n. 5, 1.º.)

(2) *Vide* Jhering, *op. cit.*, pags. 6. Dalmau, *op. cit.* nota 137 ao n. 209. pags. 239 e 240.

(3) Jhering, *op. cit.*, pags. 26.

(4) *Op. cit.*, pags. 30.

(1) *Aput.* Jhering, *op. cit.*, pags. 26 e 27.

se, pois, na posse, a possibilidade de direito ou a capacidade juridica (Puchta) (2);

c) ou porque a vontade deve ser protegida contra toda e qualquer violencia, visto ser de sua essencia a liberdade absoluta, cujo reconhecimento e realizacão constituem todo o systema juridico (Bruns) (3);

d) ou finalmente, porque, no Estado todos os individuos são eguaes e nenhum deve elevar-se acima de outrem. Toda a vontade que, de facto, se realiza na posse, tem, como tal, e feita abstracão da justiça de seu objecto, um valor egual a de toda outra vontade que quizer se apoderar da coisa; si, pois, uma outra vontade isolada quizer se realizar sobre a mesma, ella póde appellar para a decisão dos órgãos da ordem juridica, estabelecidos pelo Estado (Windscheid) (4).

2.—Esta theoria, em ultima analyse, confunde-se com a de Savigny, como, respondendo a Puchta, elle o diz com toda a razão (5); pois tanto vale dizer que, na posse, o legislador protege a pessoa do possuidor (Savigny), como que protege a vontade dessa pessoa (theoria da vontade).

Assim, pois, contra ella procedem, com egual força, todas as objecções feitas á doutrina de Savigny (6).

3.—Está, porém, sujeita ainda ás seguintes :

a) o direito, sob pena de cahir em contradicção, sómente póde proteger a vontade, quando esta se mantiver dentro dos limites que lhe são por elle traçados, o que se não dá nos casos da *injusta possessio* ;

b) devemos distinguir a personalidade, que, apesar das injustiças commettidas, merece sempre protecção,— das relações que ella injustamente constitue e que não podem ser protegidas : é assim que, em consideração da personalidade,

(2) *Ibidem*, pags. 27.

(3) *Ibidem*, pags. 27 e 28.

(4) *Ibidem*, pags. 38.

(5) *Op. cit.*, pags. 43.

(6) *Vide* § 2.º

o direito prohibe ao credor maltratar o devedor que foge, ao passo que lhe permite tomar-lhe os bens (7);

c) a affirmação de que todo o constrangimento é contrario á essencia da liberdade, não é verdadeira; porque, aliás, não poderia a auctoridade publica tomar a cousa a quem sobre ella não tiver direito, visto que as fórmulas jurídicas em nada diminuem a violencia feita;

d) a violencia e a defesa particular não são, em direito romano, incompativeis com a liberdade da vontade (8);

e) porque razão o locatario e o arrendatario, que têm um direito ao gozo da cousa, direito relativamente protegido e transmissivel a seus herdeiros, não têm, para sua vontade dirigida para esse gozo, a mesma protecção possessoria que tem o precarista, sempre exposto a uma revocação de sua posse, ou o credor antichresista, que, a todo o momento, póde ser despojado da cousa por effeito do pagamento, ou o usufructuario, que não póde transmittir seu direito a seus herdeiros?

Não se objecte que é por lhes faltar a vontade de possuir não só porque elles não têm a menor noção da differença existente entre a detenção e a posse jurídica, como porque sua vontade em nada differe da das outras pessoas supra indicadas.

Não é satisfactoria a resposta de Bruns — que o commo-dato e o aluguel não conferem direito real e nem, por consequente, immediato sobre cousa (9); porque tambem o precarista não tem direito real e, entretanto, tem posse jurídica;

f) onde reside o motivo determinante do recurso de que fala Windscheid, si toda a vontade tem exactamente o mesmo valor que as outras?

(7) Dig., Liv. 48, Tit. 8º, frg. 10, § 16.

(8) Quanto ao direito antigo, vide Jhering (*Espírito do Direito Romano* vol. 1.º, pag. 119 e seguintes). Quanto ao novo, o *possessor justus* tinha, até Justiniano, o direito de expulsar violentamente, comtanto que não fosse á mão armada, o *possessor injustus* que oppuzesse resistencia, como o senhorio e, em geral, o possuidor podia expulsar a quem detinha em seu nome, como o ausente podia fazel-o a quem, durante sua ausencia, se tinha apossado do seu fundo. (Jhering, *Interdictos*, pag. 32 e 33).

(9) Apud Jhering, *op. cit.*, pag. 37.

Porque o Estado, pois, protegerá uma de preferencia a outra ?

Nem se diga que o possuidor precedente já exerceu sua vontade sobre a cousa e que, portanto, esta deve ser respeitada; porquanto a razão só seria procedente, si elle tivesse o direito de seu lado, quando o ladrão o não tem (10) ;

g) si a posse só tem importancia juridica pelo facto da vontade se lhe incorporar e ser com ella lesada, sendo esta lesão o fundamento dos interdictos possessorios, não deveriam estes ser concedidos, como o são, quando não ha lesão alguma da vontade e só se trata da existencia ou não da posse (11);

h) si a vontade é que é protegida, porque o direito se não satisfaz com qualquer manifestação da mesma e exige a condição da posse ?

Um caçador, exemplifica Jhering, corre em perseguição de uma caça, que um outro mata á sua vista; porque contra este, que lhe frustrou a vontade, o direito não lhe concede uma acção ?

Em um local publico, continúa elle, alguém colloca seu signal sobre uma cadeira; um outro, que o viu, apodera-se da mesma. O primeiro manifestou clarissimamente a vontade de occupal-a, e, entretanto, ninguem poderá, na hypothese, pensar em uma acção possessoria.

(10) Como já o mostramos, em a nota 56 ao § 1.^o, Windscheid concorda com Bekker em que a questão é insolúvel em direito romano.

Continuamos, todavia, a incluí-lo entre os sectarios da theoria da vontade; porque, si, em nota, dá razão a Bekker, no texto ainda reproduz, embora resumidamente, a doutrina da vontade : «La tutela interdictale é l'espressione del riconoscimento del fatto come tale. Lo stato di fatto di una cosa, stabilito e mantenuto *dalla volontà di una persona*, deve venire rispettato, finchè non sia stato dichiarato non corrispondente al diritto dagli organi dell'ordinamento giuridico istituiti dallo Stato; chi d'autorità propria attua contro ad esso la sua volontà, commette una ingiustizia formale, perquanto possa anche esser legittimo il contenuto della sua volontà» (*Pandectas* § 148, pags. 34 e 35).

Póde, porém, ser legitimo o conteúdo da vontade do ladrão e do salteador ? E, ao inverso, não o é o da do locatario e do arrendatario ? Não o póde ser a do *filius-familia* ? Como pois, se concede protecção aos primeiros e se nega aos ultimos ?

(11) Vide os exemplos apresentados no § 2.^o, 8.^o, *verbist* : «E póde haver controversia possessionis, etc.».

Ora, pouco importa que a vontade vise a detenção permanente ou passageira da coisa; si ella, *per se*, merece protecção, esta deve ser-lhe concedida, tanto em um, como em outro caso (12).

§ 8º

THEORIA DE STHAL

1. Segundo este escriptor, a posse é protegida, « porque, tanto como a propriedade, serve ao destino geral do patrimonio — á satisfação das necessidades humanas por meio das cousas.

Convém, pois, desde logo, conceder-lhe tambem uma protecção juridica, differente, todavia, da propriedade, isto é, não uma garantia *da coisa mesma*, garantia dirigida, por conseguinte, contra toda pessoa que a detem, mas só uma garantia *do estado de facto*, dirigida, apenas, contra quem *faz cessar* este estado, por meio de uma acção positiva, isto é, de um *delicto*.

A intenção do possuidor é conservar o *estado de facto das cousas*.

(12) Jhering, *op. cit.*, pags. 35 e 36.

Todas as razões do texto nos são apresentadas por este escriptor, como se vê á pags. 26 e 39, tendo nós apenas as resumido.

Na *Encyclopedia Juridica* de Holtzendorf (vol. 1.º, pags. 587, 1.ª edição) ainda insiste Bruns na theoria da vontade: «Ao cão, diz elle, tomo eu, á força, a coisa; si a tomar assim ao homem, tratat-o-ei como um cão e não como pessoa: tal é a origem e o ponto de partida da defesa da posse». «A origem, revida Jhering, é muito suspeita! Ao detentor posso eu tomar a coisa pela força, sendo-lhe recusados os interdictos possessorios: — é elle um cão? O mesmo poder-se-ia applicar, de preferencia, ao *injustus possessor* que é protegido contra terceiros, e, entretanto, o não é contra o *justus possessor*, pelo qual póde ser tratado como um cão.

Nas *res extra commercium*, o direito romano não reconhece a possibilidade de posse....; a pessoa póde, pois, nesta relação, ser tratada pelo direito romano como um cão.

E' digno de nota que um homem como Bruns, que fez da theoria da posse objecto de um estudo especial, de grande riqueza litteraria e historica, tenha desconhecido, do modo tão completo, a concepção romana da defesa da posse.

Exactamente o seu argumento do cão devia abrir-lhe os olhos e instruir-o de que a defesa da posse não tem por base a idéa da personalidade». (*Seriedade e Gracejo na Jurisprudencia*. Observação 9, pags. 285).

A instituição da posse não passa, pois, de um regulamento provisório ou subsidiário da mesma relação, cujo regulamento definitivo é a instituição da propriedade.

Eis porque a posse deve estar em uma relação constante com a propriedade » (1).

2. Esta theoria não é também satisfactoria :

a) porque, si não ha duvida alguma que a posse tem um valor economico, todavia o direito não protege todo o interesse economico, mas, sómente, o que está de accordo com os seus principios, e o do *injustus possessor* não está;

b) porque não abrange casos que deveria abranger, como o do arrendatario e o do locatario, cuja detenção tem tambem valor economico; (2)

c) porque, fundando-se no *delicto*, está sujeita a todas as objecções feitas á doutrina de Savigny e Rudorff (3).

§ 9º

THEORIA ABSOLUTA DE BRUNS

1. Em seu livro *Da Acção Possessoria no Direito Romano e no Moderno*, Bruns abandona a theoria da vontade e apresenta a seguinte: o fundamento da protecção possessoria repousa no Digesto, onde diz Paulo: « *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet* ». (1).

Assim, pois, a posse é protegida por si mesma, e a razão é que todo o possuidor, pelo simples facto de o ser, tem mais direito que o não possuidor. (2).

(1) *Aput Jering. op. cit.* pag. 39.

(2) *Ibidem* pags. 40 a 42.

(3) Vide § 2.º.

(1) Dig., Liv. 43, Tit. 17, frg. 2.º.

(2) *Archivio Giuridico Italiano*, vol. 15, pag. 40.

2. Aceitando, *in totum*, a nova theoria de Bruns, diz Padelleti que ella se assemelha ao *ovo de Colombo* — taes as suas simplicidade e veracidade (3).

E realmente não se lhe póde negar o merito da simplicidade; quanto, porém, á veracidade, não se póde, infelizmente, dizer o mesmo; porquanto esta theoria nadâ explica e vae, apenas, deslocando a questão, elidindo-lhe as difficuldades, sem as resolver, chegando, afinal, a recahir na theoria da vontade de que Bruns publicamente havia apostatado.

Com effeito, quando se pergunta qual o fundamento da protecção possessoria, o que se quer saber é exactamente — a razão porque, sendo a posse no dizer de Bruns, um simples facto (4), entretanto o possuidor, embora, para a adquirir, haja violado a lei, praticando um crime, tem, todavia, mais direito do que o não possuidor, que, muitas vezes, sem praticar crime algum, della o esbulhou.

Ora, a resposta de Bruns é uma verdadeira petição de principio. E' o que se torna intuitivo, si lhe perguntarmos: — porque é que o possuidor, pelo simples facto de o ser, tem mais direito que o não possuidor?

3. Elle confessa que a resposta ja é mais difficil, e, dando-a, cae em nova petição de principio, dizendo que é porque, segundo o Digesto *in pari causa possessor potior haberi debet* (5) e cita outros textos que consagram o mesmo principio (6).

4. Todos estes textos, porem, não são mais que consequencias do primeiro; porquanto, si, em egualdade de condições, é melhor a posição do possuidor, é porque este, pelo simples facto de o ser, tem mais direito que o não possuidor.

E' o que reconhece o proprio Bruns nas seguintes palavras:

« Porque deve o proprietario promover uma acção e fornecer a prova, quando não possue?

(3) *Ibidem*.

(4) *Ibidem* pag. 49, n. 1.

(5) Liv. 50, Tit. 17, frg. 128.

(6) Dig., Liv. 6.º Tit. 2.º frg. 9.º, § 4.º; Liv. 20, Tit. 4.º, frg. 14; Liv. 20, Tit. 1.º, frg. 10; Liv. 50, Tit. 17, frg. 126, § 2.º e outros.

Porque não póde tomar a cousa ao possuidor, que a ella nenhum direito tem, como o pode ao seu detentor, ao conductor, ao commodatario, etc. ?

A razão é a seguinte : — enquanto nenhum dos dous prova um direito, ambos se acham, em frente do direito, em condições eguaes e, então, *in pari causa potior haberi debet possessor* ; mas isto reconduz de novo ao principio — que o possuidor — *hec ipso quod possidet, plus juris habet quam ille qui non possidet*.

Assim, para dizer verdade, se volta de novo á pergunta ; *porque, porém, o possuidor tem, pelo facto da posse, mais direito que o não possuidor ?* » (7).

Porque ?

5. Os jurisconsultos romanos, responde Bruns, não nos dão uma resposta directa ; deparam-se-nos, porém, os seguintes elementos para a construcção dessa resposta: a defesa da posse só é concedida nos casos em que a propriedade é possível, havendo, pois, como o mostra Jhering, um parallelismo entre a defesa da posse e a da propriedade.

E a razão é que na posse se encontra um dos elementos do dominio.

Com effeito, na sujeição de uma cousa á vontade de uma pessoa, tres são as relações possíveis :

- a) simples posse ;
- b) posse fundada em justo titulo (*bonæ fidei possessio*) ;
- c) o dominio, que resulta da posse e do justo titulo, capaz, na hypothese, de transferir o mesmo dominio. Assim, pois, a simples posse contém um dos elementos deste ; a posse titulada, dous.

Ora, como o direito considera o dominio um direito absoluto e o protege plenamente *erga omnes*, assim considera as duas outras relações como um direito relativo, isto é, como um

(7) *Archivio Giuridico*, cit., pag. 45.

puro direito de preferencia ou de *melhoria* (pozioritá) *erga unum vel alterum* : o simples possuidor tem preferencia em relação ao não possuidor ; o possuidor titulado, em reacção ao simples possuidor ; o proprietario, em relação a ambos.

Em ultima analyse : em egualdade de condições é preferivel o possuidor, porque tem mais direito que o não possuidor, e tem mais direito que este, porque tem um dos elementos do dominio.

6. Não está ainda resolvida a difficuldade, porque, como o diz o proprio Bruns,

« surge, de novo, uma outra pergunta :

Porque razão quem tem um só dos elementos da aquisição do dominio, tem mais direito que aquelle que não tem elemento algum, uma vez que a aquisição de um só de taes elementos não constitue a aquisição do dominio, e, portanto, a de um direito ? » (8)

7. Responde elle que, neste ponto, o direito romano nos abandona completamente e só podemos encontrar uma justificação *mais remota* na theoria romana do dominio : os romanos não consideravam a propriedade como instituição do *jus civile*, mas do *naturale vel gentium*.

E' assim que diz Paulo : *Dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, cujusque rei vestigium remaneri in his quæ terra mari coeloque capiuntur : nam hoc protinus eorum fiunt qui primi possessionem eorum coeperint* (9) ; e Justiniano : *Omnia animalia quæ mari, coelo, et terra nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint IURE GENTIUM STATIM ILLIUS ESSE INCIPIUNT; quod enim ante nullius est, ID, NATURALI RATIONE, occupanti conceditur* » (10).

Segundo estes textos :

« os romanos admittem que o homem livre, como tal, e não só o *civis romanus*, que toma posse de uma cousa,

(8) *Ibidem*, pag. 47.

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

(10) Insts., Liv. 2.º, tit. 1.º § 12.

a qual a ninguém pertence (*res nullius*), adquire, *per se, naturali ratione*, a propriedade da mesma; e que tal propriedade se origina da posse, visto que todas as cousas devem ter sido, originariamente, uma vez, tomadas em posse, de qualquer modo, sendo assim que essas cousas, pela primeira vez, vieram á propriedade dos homens.

A *naturalis ratio* não é mais, pois, que o reconhecimento da liberdade do homem na sujeição da natureza não livre, — das cousas.

Assim, é uma consequencia natural desse reconhecimento que, si o livre submette a si o que não é livre elle deve valer como seu senhor, o que equivale a dizer como seu proprietario.

Si quizermos reduzir a uma fórmula mais breve tudo o que até aqui fica exposto, podemos dizer que a tutela da posse, apparece, em geral, como uma consequencia da regra «*in pari causa potior possessor*», e se funda mais precisamente sobre a consideração, — que o homem, pelo mero facto de sua liberdade (personalidade), é auctorizado a dominar as cousas, e que, por isso, sua vontade de dominio (*animus domini*), quando, pela tomada das cousas, dellas se assenhorêa, lhe dá, *per se*, sobre a *res nullius* um direito absoluto (propriedade), e, sobre a *res alicujus*, um direito relativo, porquanto só tem necessidade de o ceder á vista da prova da propriedade ou de outro direito e, neste interim, não póde ser turbado no poder sobre a cousa, nem esta lhe póde ser subtrahida contra a sua vontade, de sorte que elle tem, pelo facto da posse, mais direito que o não possuidor, donde — *hoc ipso quod possessor est plus juris habet quam ille qui non possidet*» (11).

7. Esta opinião é falsa :

a) Bruns contorna a difficuldade até cahir na theoria da vontade que publicamente havia repudiado, estando, pois, sua nova doutrina sujeita a todas as objecções feitas áquella;

(11) *Archivo Giuridico*, cit., pags. 48 e 49.

b) sua explicação é inconciliável com os interdictos *recuperae possessionis*, porquanto, depois do esbulho, *plus juris habet* o detentor ou esbulhador do que o primeiro possuidor ou esbulhado;

c) da lei em que Bruns se firma deveria deduzir que o não possuidor tem também um direito, visto que o possuidor o tem *mais* (*plus juris*); e, entretanto, o não possuidor não gosa de protecção alguma (12).

§ 10º

THEORIA DE JHERING

1. Segundo Jhering (1), sendo a posse a exterioridade da propriedade (2), é protegida como um complemento necessario á protecção desta, como uma facilidade de prova a favor do proprietario.

E — consequencia inevitavel, embora não querida pelo legislador — essa protecção aproveita também ao não proprietario e até, ás vezes, contra o proprio proprietario.

2. Com effeito, si não houvesse a protecção possessoria, deveria o proprietario, em qualquer pequena turbação, feita á sua propriedade, para poder defender-se, provar o seu direito de propriedade, isto é, o modo legal de aquisição, e, si este fosse derivado, como é mais commun, deveria ainda provar:

a) que, a seu favor, interveiu um acto de transmissão de propriedade;

b) a capacidade do transmittente;

c) o direito de propriedade deste.

Ora, si a prova dos dois primeiros factos era facil, a do terceiro era quasi impossivel; porque deveria ser igualmente

(12) Ruggieri, *op. cit.*, § 28, pags. 45 e 46, e Dalmau, *op. cit.*, n. 266, pags. 307 a 309.

(1) *Interdictos*, pags. 42 a 66.

(2) *Vide* cap. 1.º, § 5.º.

provado o direito de propriedade de todos os precedentes proprietários, até se encontrar o primeiro occupante da coisa, devendo-se ainda provar que esta era então *res nullius*.

Esta prova, que é impossível, torna-se possível, embora difficilima, graças á usucapião; porquanto ao proprietario bastará provar que, por si e seus antecessores, possui a coisa, objecto do litigio, durante certo lapso de tempo, com justo titulo e boa fé.

Ora, como dissemos, esta prova ainda é difficilima (*dominii probationem diabolicam*—, como diz Accursio), attentas as questões que pôdem surgir, não só quanto ao justo titulo, como quanto á boa fé e ao lapso de tempo.

Pois bem; a protecção possessoria foi introduzida para facilitar ao proprietario essa prova : desde que o direito de propriedade não tenha sido atacado em sua propria substancia ou fundamento, isto é, na relação pela qual a pessoa submetteu a coisa a seu poder ou vontade, mas, apenas, em sua exterioridade ou exercicio, basta ao proprietario invocar o seu titulo de possuidor, basta-lhe provar simplesmente esta exterioridade, para que ella seja protegida.

A posse é, pois, um reducto da propriedade, no qual o proprietario se defende dos primeiros ataques feitos a ella.

«Neste terreno, diz Jhering, não se fere uma batalha decisiva a favor da propriedade, mas uma simples escaramuça, um combate de posto avançado, no qual, para continuar a comparação, não se emprega a grossa artilheria, mas só a arma branca —contra os ladrões e salteadores não se usa o canhão» (3).

3. Jhering prevê as seguintes objecções, que pôdem ser feitas á sua theoria :

1) Os jurisconsultos romanos procuram, cuidadosamente, evitar qualquer confusão entre a posse e a propriedade : *Nilil commune habet proprietas cum possessione*, diz Ulpiano (4); *permisceri*

(3) *Op. cit.*, pag. 50.

(4) *Dig.*, Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 12, § 1.º.

causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, diz Venuleius (5); *Quod separata esse debet possessio a proprietate*», é o motivo que Ulpiano dá para a introdução do interdicto *uti possidetis*, (6);

II) a protecção concedida ao ladrão e ao salteador e até contra o proprietario (7);

III) nas *actiones ex delicto* (*damnum injuria datum*, *conditio furtiva*, e *actio legis Aquiliae*) destinadas, como a posse, a reparar as lesões feitas á propriedade, o legislador exige a prova desta:—*In re furtiva soli domino conditio competit* (8); *Legis autem Aquiliae actio hero competit, id est, domino*. (9)

Ora, si o fundamento da posse fosse o allegado, elle deveria, pela mesma razão, dispensar tal prova nestas acções;

IV) dever-se-ia admittir a *exceptio proprietatis*.

4. Estas objecções não são procedentes:

I) não ha duvida alguma que, sob o ponto de vista da dogmatica juridica ou do direito positivo, a posse e a propriedade são dois institutos diferentes e completamente independentes, visto se regerem por principios diversos, tendo cada um suas regras peculiares; disso, porém, não se póde logicamente concluir que, sob o ponto de vista *legislativo-philosophico-juridico* ou da *mens legis*, um não tenha sido introduzido para facilitar a prova do outro.

Tambem a usucapião e a propriedade são dois institutos diferentes, regendo-se cada um pelas regras que lhe são peculiares, e, entretanto, a primeira foi introduzida para a defesa da segunda; (10)

(5) *Ibidem*, frg. 52.

(6) Ruggieri, *op. cit.*, § 30, pag. 48.

(7) Windscheid, *op. cit.*, § 148, nota 6, pags. 35; Dalmau, *op. cit.*, n. 221, pags. 249.

(8) Dig. Liv., 13, Tit. 1.º, frg. 1.º

(9) *Ibidem*, Liv. 9.º, Tit. 2.º, frg. 11, § 6.º.

(10) Diz Wermond que «os textos invocados, longe de negarem as relações intimas que existem entre a posse e a propriedade, lhes supõem, ao contrario, a existencia. Porque, com effeito, os juriconsultos collocando-se no ponto de vista pratico, positivo, juridico, teriam tomado tanto cuidado em dizer que a propriedade nada tem de commum com a posse, si, considerando as cousas no ponto de vista legislativo, elles não tivessem reco-

II) é facil a resposta á segunda objecção:—é que era impossivel conceder essa protecção aos proprietarios, sem que della se aproveitassem tambem os não proprietarios e até contra aquelles, desde que tivessem, como elles, a exterioridade da propriedade. (11)

A razão é que esta exterioridade, tanto póde estar com o proprietario (*jus possidendi*) como com o não proprietario (*jus possessionis*). E esta consequencia è inevitavel; porquanto só poderia desaparecer, si se admitisse ao proprietario a *exceptio proprietatis*: ora, isto acabaria com a protecção possessoria que foi introduzida, segundo estamos expondo, exactamente para evitar a discussão da propriedade e só admittir a de sua exterioridade.

A protecção ao não proprietario é, pois, a consequencia má, porém, inevitavel, de uma boa instituição. (12)

Para as theorias que affirmam que a posse é protegida por si mesma, essa protecção ao ladrão e ao salteador contra o proprietario, seria o fim collimado pelo legislador, ao passo que, para a de Jhering, não passa de uma consequencia má, porém, inevitavel, de um bom fim que o mesmo legislador teve em mira—a protecção do proprietario. (13)

Phenomeno identico observa-se em outros institutos juridicos:

nhecido que havia relação estreita entre a propriedade e a posse? Si elles se exprimem assim, é precisamente para bem fazerem resaltar que, apesar dessa connexidade intima, propriedade e posse são regidas differentemente». (*op. cit.*, n. 8, pags. 29 e 30).

(11) Dig., Liv. 41, Tit. 3.º, frg. 4.º, § 26.

(12) Revida Windscheid que se não deviam excluir as excepções petitorias, quando de immediata liquidez, pois o direito romano as concedia até contra a posse de boa fé, que, entretanto, é muito mais proxima da propriedade que a simples posse (*op. cit.*, § 148, nota 6, pags. 35). E' improcedente o revide: a) sem o registro territorial, que não havia em Roma, nunca se póde dizer liquida a propriedade (Jhering, *Da Vontade na Posse*, nota 219, pags. 367); b) a posse de boa fé é defendida pela publiciana, que não é acção possessoria, mas petitoria, visto se fundar na propriedade putativa ou ficta (Maynz, *op. cit.*, vol. 1.º, § 122, pags. 795 a 801); admitte-se-lhe, pois, a *exceptio proprietatis*, exactamente por ter cessado a razão que a exclue das acções possessorias—evitar a discussão do dominio, attenta a difficuldade da respectiva prova.

(13) «As noções juridicas, como as regras de direito, só attingem seu fim, na situação para a qual foram feitas, sob a condição de deixarem passar as consequencias que arrastam inevitavelmente para outras situações» (Jhering, *Da Vontade*, cit., cap. VIII, pags. 112).

Como :

1º nos títulos ao portador, introduzidos para facilitar a prova ao proprietário, que a faz com a simples apresentação do mesmo título, vantagem que aproveita ao ladrão e ao salteador, mesmo contra o proprietário, quando, entretanto, ninguém dirá que o legislador, ao admittir taes títulos, tenhapprendido facilitar a semelhantes pessoas a aquisição dos mesmos;

2º) na usucapião, que foi introduzida no interesse do proprietário, também para lhe facilitar a prova da propriedade, (14), e que, entretanto, muitas vezes lhe é contraria; (15)

3º) no caso julgado, que também, muitas vezes, consagra a maior das injustiças, quando o legislador pretendeu exactamente o contrario—que elle fosse um *precipitado da sã razão humana em matéria de direito* (16);

4º) no direito de graça, que, applicado inconsideradamente, subtrahirá verdadeiros criminosos á repressão legal, quando seu unico intuito é reparar os erros judiciarios; (17)

5º no tribunato romano, que, instituido para a manutenção da ordem publica, vetando actos arbitrarios contra a plebe, chegou, ás vezes, com seu *veto*, a subverter essa ordem. (18)

Concluamos, pois, applicando á protecção concedida ao ladrão e ao salteador as palavras de Cicero, em relação ao tribunato romano :

Fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam mali ; sed bonum quod est quæsitum in ea, sine isto malo, non haberemus » (19)

(14) «Quod ideo receptum videtur—*ne rerum dominia diutius in incerto essent*» (Gaio, *Comm.* 2.º, § 43; Dig., Liv. 41, Tit. 3.º, frg. 1.º) *Vide Saredo, op. cit.*, § VIII, n. 230, pags. 165 e Ruggieri, *op. cit.*, vol. 2.º, § 485, pags. 7.

(15) Todos reconhecem que a usucapião foi introduzida no interesse do proprietário, que, sem ella, muitas vezes se veria impossibilitado de provar o seu dominio. Não se póde, entretanto, negar que, ás vezes, ella lhe é contraria, despojando-o de sua propriedade a favor de terceiro que tenha realizado as condições necessarias para poder usucapir (*Vide Wermond, op. cit.*, pags. 35 e 36).

(16) Jhering, *Espírito do Direito Romano*, vol. 3.º, § 42, pags. 1.º. Dá-se pois, com a cuosa julgada o mesmo que se dá com a usucapião, como o mostra João Monteiro, *Processo Civil*, vol. 3.º, § 236, pags. 238.

(17) Jhering, *Interdictos*, pags. 53 e 54.

(18) *Ibidem*, pags. 52 e 53 e Mommsen, *Direito Publico Romano*, Liv. 3.º, cap. V, pags. 289 e 290 da traducção hespanhola.

(19) *Ibidem*, pags. 52.

« O valor pratico de uma instituição, diz Jhering, não se determina pela circumstancia de só apresentar vantagens, mas pelo balanço que se dá entre suas vantagens e desvantagens e pela preponderancia das primeiras.

Este ponto de vista deve ser decisivo, não só para o legislador, mas tambem para o historiador e para o jurisconsulto philosopho ». (20)

Accresce :

1º) que, em regra, o proprietario é que é o possuidor e, pois, só excepcionalmente, em um por mil, é que se manifestará a má consequencia de que se trata. (21) ;

2º) que ella é menos prejudicial na posse, que nos institutos supra enumerados ; porque nestes é irreparavel o mal della proveniente, como na usucapião e no caso julgado, ao passo que o não é na posse, visto que o proprietario vencerá afinal, na reivindicção.

(20) *Ibidem*.

(21) *Ibidem*, pags. 56 e 57. Eis o que diz Appleton a respeito : « La demonstration d'Jhering est complète sur ce point. Il en tire cette consequence — que la protection possessoire a été imaginé e en faveur du propriétaire. Nous verrons dans la suite de cette étude quelle part il faut accorder à cette idée. Mais constatons dès maintenant que l'argument n'est pas aussi probant qu'on pourrait le croire.

La protection possessoire profitera ordinairement au propriétaire. En resulte-t-il qu'elle a été organisée pour lui ? En aucune façon. Il nous paraît certain que c'était le propriétaire quiritaire lui-même qui intentait le plus frequemment la Publicienne. Et personne ne s'est cependant avisé d'en tirer cette consequence étrange que c'était le propriétaire quiritaire que le preteur Publicius avait voulu protéger ». (*Op. cit.*, pag. 52.)

Não têm razão alguma este civilista ; pois, Jhering apresenta o facto estatistico, não para d'elle deduzir a protecção possessoria, como o affirma Appleton, mas só para mostrar que rarissimas vezes se dará a má consequencia de que se fala. Elle não podia dizer o que este civilista lhe attribue, sob pena de cahir em flagrante contradicção com o que objectara á theoria da propriedade presumida (Vide § 5.º e *Interdictos*, pags. 24 e 25).

Eis suas proprias palavras :

« Si ce fait est exact, je dis que le résultat correspond à l'idée développée plus haut que la protection possessoire tourne à l'avantage du propriétaire, car c'est régulièrement le véritable propriétaire qui en tire profit. En ce sens on peut fort bien justifier l'opinion qui voit dans la possession une propriété commençant (*je maintiens la reserve fait plus haut quant à la relevance de de la présomption*) — la plupart des fonds se trouvent entre les mains des véritables propriétaires ; le seul défaut de cette opinion c'est qu'au lieu d'alléguer ce motif statistique à son appui, elle y voit le véritable fondement de la protection possessoire. (*op. cit.*, pags. 57).

E, si o possuidor é que tiver a propriedade, terá a vantagem do goso da coisa na pendencia da lide e de ficar isento do onus da prova ; (22)

3.º) que, como judiciosamente observa Appleton, essa consequencia só é má, si a considerarmos quanto á protecção que os interdictos concedem ao ladrão.

Ha, porém entre este e o proprietario, uma serie de situações intermediarias que são dignas de protecção: tal o caso daquelle que se apodera de um campo abandonado e o cultiva.

Embora elle não se torne proprietario do mesmo, todavia não é justo que seja logo expulso pelo primeiro que se lhe apresentar, arrogando-se o direito de propriedade, quando elle é que, pelo seu trabalho, cultivou a terra e lhe deu um valor, que, antes, ella não tinha ; (23)

III) não é verdade que nas *actiones ex delicto*, deva o auctor fornecer a prova de sua propriedade, pois esta se presume, desde que elle tenha a sua exterioridade, isto é, a posse.

O que as leis citadas dizem é que só o proprietario é que pôde intentar similhantes acções ; não, porém, que elle seja obrigado a provar o seu direito de propriedade, prova que nenhum pratico exige e que tambem não é exigida, nem no caso do mutuo, embora só o proprietario é que possa intentar a respectiva acção, nem no *legatum per vindicationem*, em que o legatario pede o legado que lhe foi deixado, sem necessidade de provar que a propriedade da coisa legada pertencia ao testador, prova que, na maioria dos casos, lhe seria impossivel dar, visto os titulos se acharem em poder do herdeiro, nem, finalmente, nos actos juridicos praticados por um escravo a favor de seu senhor, embora a validade desses actos presuppozesse o direito de propriedade do dito senhor.

Em todos esses casos, presume-se a propriedade, desde que exista a sua exterioridade, isto é, a posse e ao reu é que cumpre provar que a dita propriedade não pertence ao auctor.

(22) Wermond, *op. cit.*, n. 9, pags. 36 e 37.

(23) *Op. cit.*, pags. 51.

Essa presumpção foi admittida pela pratica, por se fundar no texto de Paulo : « *Sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam* » (24) donde foi posteriormente trasladada para o Codigo Civil Francez : « *On est toujours PRESUMÉ posséder pour soi ET A' TITRE DE PROPRIETAIRE s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre* ». (25)

Ora, esta presumpção é admittida tambem nas acções possessorias, mas ao reu não se admitte a mesma *exceptio proprietatis*.

A razão na differença é—que o auctor do delicto, que restituiu a cousa furtada ao supposto proprietario ou que o indemnizou do damno causado, não fica, por isso, isento da responsabilidade para com o verdadeiro proprietario (26), de sorte que si se lhe recusasse esta prova, elle ficaria exposto ao perigo de uma dupla prestação.

Identico perigo não existe para o reu no possessorio ; pois, desde que elle cesse a turbação ou restitua a posse ao auctor, não fica mais sujeito a nenhuma acção. (27)

IV) a *exceptio proprietatis* não póde ser admittida, porque o legislador se poria em contradicção comsigo mesmo ; pois, acabaria com a vantagem que, segundo a theoria exposta, collimou com a protecção possessoria—evitar a prova da propriedade. (28)

5. Além dessas objecções, previstas e refutadas por Jhering, fazem-se ainda á sua theoria as seguintes :

a) não é tutelada a posse, como tal, mas só a turbada e violada de certo modo ; a facilitação de prova, de que fala Jhering, não aproveita, pois, ao possuidor como tal, mas só áquelle cuja posse foi atacada contra sua vontade : esta posse basea-se, pois, na lesão feita ao possuidor ; (29)

(24) *Sentenças*, Liv. 5.º, Tit. 11, § 2.º. (25) art. 2.230.

(25) Art. 2.230

(26) *Dig.*, Liv. 47, Tit. 2.º, frg. 76, § 1.º.

(27) Jhering, *op. cit.*, pag. 49.

(28) *Ibidem*, pags. 55 e 56.

(29) Windscheid, *op. cit.*, § 148, nota 6, pag. 25 ; Dalman, *op. cit.*, n.º 225, pag. 253 Appleton, *op. cit.*, pags. 77 e 81.

b) porque são protegidos o credor pignoratício, o emphyteuta, o superficiário, o precarista e os que têm o *ager vectigalis*, os quaes não têm propriedade? (30)

c) porque só se protege a exterioridade do direito de propriedade e não a dos outros direitos? (31)

6. Estas objecções são egualmente improcedentes :

a) a primeira procederia no direito anterior aos Codigos de Theodosio e de Justiniano ; porquanto, por motivos que explicaremos quando confrontarmos a theoria de Jhering com os interdictos *recuperandæ possessionis* (32), estes, naquelle direito, só abrangiam a subtracção violenta ou clandestina da cousa.

Aquelles Codigos, porém, suppriram essa lacuna e estenderam a protecção possessoria a todos os casos de subtracção da posse independentemente de qualquer violencia contra o possuidor, concedendo-lhe a *actio* ou *interdictum mementariæ possessionis*, como o mostraremos no § 12 ;

b) si nesses casos ha posse, é porque ha necessidade da defesa da propriedade : por interesse proprio, conjuncto com o do proprietario, em cujo favor agem, precisam defendel-a o credor pignoratício, o emphyteuta, o precarista e o *sequester*, bem como o superficiário e o que tem o *ager vectigalis* : é o que mostraremos, quando estudarmos a posse dêrivada ; (33)

c) si se não protege a exterioridade dos outros direitos, é porque a prova dos mesmos não offerece difficuldade egual á do direito de propriedade.

Além disso, em Roma, desde cedo, se tornaram frequentes as transmissões de propriedade, de sorte que era, em regra, difficillimo saber qual o primeiro proprietario, pelo que a usucapião é anterior á Lei das XII Taboas e tão antiga como o direito romano (34) ;

(30) Ruggieri, *op. cit.*, § 31 pag. 47.

(31) Dalmau, *op. cit.*, n. 221, pag. 249, reproduzindo a objecção de Bruns.

(32) Vide adeante § 12

(33) Vide Jhering, *Vontade na posse*, pags. 327 a 366.

(34) Maynz, *op. cit.*, § 110, pag. 740.

Não se deu, porém, o mesmo com a transmissão dos créditos, que era mal vista pela jurisprudencia e só se podia fazer segundo fórmulas muito complicadas, de sorte que o possuidor de um crédito era, em regra, o primitivo titular ou um *procurator in rem suam*, que accionava em nome do mesmo (35), e podia, com a maior facilidade, provar seu contracto. (36)

7. Da theoria exposta deduz Jhering os seguintes corolários :

a) explica-se o valor economico ou patrimonial da posse quer para o proprietario, quer para o simples possuidor, por que por ella quasi que se decide da sorte da propriedade ; não só pela isenção do *onus* da prova, na acção de reivindicação, como ainda pelo goso da cousa.

Ora, este valor não se comprehende na theoria do delicto e nem nas da vontade : na primeira, porque a posse só é protegida por causa da perturbação que, á ordem publica, traz o delicto contra o possuidor, e não pelo seu proprio valor ; nas segundas, porque ella não é mais que a esphera de acção da vontade—a sensibilidade desta, ferida em seu direito primordial de livre disposição de si mesma, sensibilidade que não tem medida equivalente no valor das cousas ;

b) comprehende-se que póde haver uma pura *controversia de possessone*, independentemente de qualquer turbação, como já vimos ;

c) justificam-se como possessorios, os interdictos *adipiscendæ possessionis* ; pois si a posse tem, *per se* valor juridico, o direito póde reconhecer que uma pessoa a pretenda adquirir.

Como, porém estes interdictos, como possessorios, não se conciliam com a theoria de Savigny, segundo a qual todos os interdictos têm por fundamento a posse já existente e, por fim a repressão de um delicto contra o possuidor, elle, no § 35, attribuindo aos jurisconsultos romanos um erro de classificação, os exclue da esphera da posse.

(35) *Ibidem*, vol. 2.^o, § 187, pags. 77 a 83.

(36) Appleton, *op. cit.*, pags. 46 e 47.

Ora, elles contêm o requisito essencial aos interdictos possessorios — regularem a posse só provisoriamente —, ficando a solução definitiva para a acção petitoria (37); acção essa que corresponde a cada um delles, como o demonstra Jhering. (38)

8. Para demonstrar a veracidade desta theoria, Jhering faz-lhe o confronto com os interdictos possessorios, com a figura juridica da posse ou sua configuração material, como lhe chama, e com os modos de sua aquisição e perda.

E' o que faremos nos tres seguintes paragraphos.

§ 11.º

CONFRONTO COM OS INTERDICTOS RETINENDÆ POSSESSIONIS

1. O primeiro exemplo que se encontra, em direito romano, da posse como objecto de disposição judiciaria, é a concessão das *vinditiæ*, no antigo processo reivindicatorio.

O pretor as concedia a uma das partes, isto é, conferia-lhe a posse do objecto na pendencia da lide.

2. Esta concessão se referia ás vantagens de facto da posse, isto é, ao gozo da coisa, e não ás suas vantagens juridicas, isto é, a isenção do *onus* da prova, ao contrario do que exactamente ensina Bethman-Hollweg (1):

1º) porque, segundo o testemunho de Gaio, o pretor tinha toda a liberdade na concessão destas *vinditiæ*, podendo, *ad libitum*, conferil-as a qualquer das duas partes:

«*Secundum ALTERUM eorum vinditias dicebat, id est, aliquem possessorum constituebat*» (2); ora, não se comprehende esse arbitrio, si se tratasse do *onus* da prova, pois, o facto de isentar delle o auctor equivaleria a decidir logo a seu favor;

(37) Dig., Liv. 44, Tit. 2.º, frg. 44, § 2.º; Liv. 43, Tit. 1.º, frg. 2.º, § 3.º; Gaio, *Commentarios*, IV, § 143.

(38) *Interdictos*, pags. 59 a 66.

(1) Citado nos *Interdictos*, pag. 66.

2º) porque o antigo processo reivindicatório era um *judicium duplex*, no qual as duas partes reivindicavam ao mesmo tempo, pesando sobre ambas o *onus* da prova.

3. Nas *vinditiæ*, pois :

a) a posse apparece em intima connexão com a propriedade e com o debate sobre esta, sendo o possessorio, para nos servirmos da moderna linguagem juridica, uma parte integrante do petitorio, não podendo aquelle ter apparecido independentemente deste, visto que a concessão das *vinditiæ* só podia ter logar em uma questão sobre a propriedade;

b) não ha, nellas, idéa alguma de violencia.

Não se argumente com a lucta ficticia pela qual começava a reivindicação, porque ella era puramente simulada e servia, apenas, para consignar, por factos, em vez de o fazer por palavras, a *litis-contestatio* do antigo processo : é o que resulta evidentemente do facto de poder o pretor conceder as *vinditiæ* mesmo ao não possuidor, isto é, ao que seria o auctor da violencia contra o possuidor, que se queixava da turbação, o que é absurdo.

O que se póde dizer é que, nesse processo, não havia ainda a noção de posse, propriamente dita, pois ella não existe onde o possuidor, como tal, não encontra a protecção : eis porque a posse concedida nas *vinditiæ*, era chamada: *propriedade interina* : «INTERIM DOMINUM sequi ancillam æquum esse» (3) qualificação que, posteriormente ainda, isto é, muito depois que ella se separou completamente da propriedade, lhe foi dada por Antonino Pio em um rescripto : «INTERIM DOMINI loco habetur» (4).

4. Em resumo : No mais antigo processo romano, nas *vinditiæ*, a posse é uma *propriedade interina*; o possessorio é, independentemente de qualquer idéa de violencia, uma parte integrante do petitorio; a posse é um *reducto da propriedade*.

(2) *Commentarios*. IV, § 16. Quanto ás considerações pelas quaes o Pretor se determinava, vide a conjectura de Jhering no *Espirito do Direito Romano*, vol. IV, n. 109, pag. 100.

(3) Tito Livio, Liv. 3.º, Tit. 44.

(4) Digl., Liv. 48, Tit. 18, frgs 15; § 2.º.

5. Ora, substituindo o antigo processo pelo processo formulario, as *vinditiæ* foram substituídas pelos interdictos *retinendæ possessionis*, que, segundo o testemunho das fontes, como veremos daqui a pouco, desempenham, no nosso processo, o mesmo papel que, no antigo, desempenhavam as *vinditiæ*, isto é, regular provisoriamente a posse na pendencia do processo sobre a propriedade. (5)

6. Em tal substituição, porém, as *vinditiæ* passaram, além da mudança de fôrma, por triplice transformação essencial:

1.^a) a posse deixou de ser objecto do poder discricionário do pretor para se tornar o de uma justiça regular, só sendo concedida depois de discussão entre as partes;

2.^a) ao possuidor foi concedida a isenção do *onus* da prova no petitorio;

3.^a) separou-se completamente o possessório do petitorio, de sorte que os interdictos puderam, *per se*, constituir o objecto de um processo, quando as *vinditiæ* só tinham logar na questão da propriedade.

7. Porque, porém, se fez esta separação com a isenção do *onus* da prova?

Não foi, certo, por causa da turbação feita ao proprietário, visto que estes interdictos não concedem restituição alguma contra as turbações passadas, havendo para ellas outros remedios, como o interdicto *quod vi aut clam*, a *actio injuriarum* e a *actio legis Aquiliæ*.

(5) Objecta, a respeito, Appleton: « Les conséquences qu' Jhering tire de l'institution des *vindictiæ* sont contestables sur un point: Jhering — et nous aurons souvent l'occasion de faire cette remarque — exagère ici la sphere d'application des consequences qu'il tire. Les *vindictiæ* ont donné naissance aux interdicts *retinendæ possessionis*. Nous pouvons tirer de ce fait des conséquences applicables aux interdicts *retinendæ possessionis*, mais à ceux-là seulement. Les autres interdicts sont hors de cause. Si Jhering soutient que la connexité entre la propriété et la possession, que l'absence de l'idée de la protection de la personne contre un délit se manifestent dans les interdicts *retinendæ possessionis*, nous sommes d'accord. Mais s'il veut généraliser ces idées, et les étendre à tous les interdicts possessoi-res, nous faisons nos réserves. » (*Op. cit.*, pags. 54 e 55).

Esta contestação não tem razão alguma de ser; porque Jhering só está tratando exactamente dos interdictos *retinendæ possessionis*, como se vê pela propria epigraphe do cap. VII, pag. 66.

Foi, segundo a nossa theoria, para facilitar ao proprietario a prova de sua propriedade, não se podendo impedil-o de abandonar o remedio energico da *reivindicatio* ou da *negatoria*, quando lhe basta o menos energico — o dos interdictos possessorios.

E, como consequencia inevitavel, a isenção do *onus* da prova a favor do possuidor aproveita tambem ao não proprietario — ao ladrão, ao occupante arbitrario, ao salteador.

Ao passo que, segundo as outras theorias, estes possuidores são protegidos *per se*, ou para se reparar a lesão de que, pela violencia, são victimas, ou por causa da vontade realizada no objecto, sendo a defesa dos mesmos o fim principal da protecção possessoria, na de Jhering a protecção que lhes é concedida, não passa de uma consequencia má, porém inevitavel, da protecção que o legislador só quiz conceder ao proprietario. (6)

8. Ora, esta é que é a opinião que está de accordo com o direito romano, como se prova :

a) pelo motivo historico da introducção destes interdictos — regulamentação da posse no debate relativo á propriedade — : é o que se vê em Gaio (7), Ulpiano (8) e nas *Institutas* (9).

b) Só a theoria exposta está de accordo com as fontes, quando dão o motivo historico da introducção dos interdictos *retinendæ* — a decisão de uma simples *controversia possessionis*.

Esta, com effeito, pôde existir sem que se desconheça a vontade do possuidor ou sem que se lhe faça violencia alguma : é o que já vimos nos exemplos apresentados (10), aos quaes acrescentaremos o seguinte : Duas pessoas disputam a posse de uma coisa detida por um terceiro e este, que é herdeiro do primitivo detentor, sabe que este detinha a coisa em nome de

(6) Appleton faz objecção identica á da nota anterior (*op. cit.*, pag 56) e, portanto, igualmente im procedente.

(7) *Commentarios*. IV, 148.

(8) Dig., Liv. 48, Tit. 17, frg. 1.º, § 3.º.

(9) Liv. 4.º, Tit. 15, § 4.º.

(10) Vide § 2.º, n. 3.º, B III.

uma dellas, ignorando, porém, qual, e, por esse motivo, recusa-se a entregal-a a uma dellas, até que entre si liquidem quem é o verdadeiro possuidor.

Ora, é pelo *utipossidetis* que ellas o poderão resolver, visto que haverá uma *controversia possessionis*, sem que, entretanto, haja violencia alguma.

E esta fucção dos interdictos possessorios só se concilia com a theoria de Jhering e só por ella é que se explica perfeitamente; porquanto, si a protecção da posse tende a facilitar, a completar a da propriedade, devemos admittil-a, não só onde a posse foi violada, mas ainda onde ella é apenas controvertida entre as partes. (11)

Esta relação dos interdictos possessorios com o debate sobre a propriedade encontra-se ainda no mais moderno direito romano: « *Exitus controversiæ possessionis hic est tantum — ut prius pronuntiet iudex uter POSSIDEAT et tunc DE DOMINIO quæeratur* » (12), idéa esta que é reproduzida em varias constituições do Cod. de Justiniano (13), no de Theodosio (14) e nas Basilicas (15).

Ao possessorio, que é o primeiro passo, liga-se, pois (*deinde*), como consequencia necessaria, o petitorio.

E esta associação de idéas accentúa-se ainda em sentido inverso, isto é, em textos que, tratando do petitorio, se referem ao possessorio: « *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet — an aliquo interdicto possit nancisci possessionem* » (16);

c) apesar da separação de que falámos, o petitorio e o possessorio são designados como partes do mesmo debate juridico: o 1.º, como *causa principalis*; o 2.º, como *preparatoria*: é assim que no Cod. Theodosiano (17), ligeiramente modificado pelo

(11) Jhering, *Interdictos*, pags. 66 a 87.

(12) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 25.

(13) Liv. 8.º, Tit. 6.º, Const. unica; Liv. 8.º, Tit. 1.º, Const. 1.ª, Liv. 3.º, Tit. 32, Const. 13; Liv. 7.º, Tit. 69, Const. 1.ª.

(14) Liv. 48, Tit. 23, Const. unica.

(15) Liv. 50º, Tit. 3.º, frg. 72.

(16) Dig., Liv. 6.º, Tit. 1.º, frg. 24. Vide, no mesmo sentido, Cod., Liv. 2.º, Tit. 39, Const. 3.ª e Cod. Theodosiano, Liv. 4.º, Tit. 22, Const. 3.ª, *in fine*.

(17) Liv. 2.º, Tit. 18, Const. 3.ª.

Cod. Justiniano (18) se encontra um edicto de Constantino, proibindo intentar o petitorio e o possessorio em dous juizos differentes, para se não dividir a *causæ continentiam*, visto ser um processo que *in uno eodemque judicio poterat terminari*, sendo o debate *super possessione* opposto ao *super principale questione*.

No Digesto, Ulpiano (19) oppõe ao interdicto possessorio, que serve para garantir o direito sobre as aguas, um interdicto que tem, como condição, a prova desse direito e, a respeito desse ultimo, observa: « *In hoc interdicto totam questionem finire assignationis, non enim PREPARAT hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad POSSESSIONEM TEMPORARIAM pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet, et INTERDICTUM TOTUM FINITUR* ».

Neste texto, diz elle, que os interdictos possessorios se referem unicamente á posse temporaria (*ad possessionem temporariam pertinet*) e não resolvem a propria questão, como o interdicto de que fala, mas só lhe preparam a decisão final e definitiva (*preparat causam*).

E' assim tambem que o Cod. (20) poude empregar, para a protecção possessoria promettida a quem a pedia, a expressão: *PROSES DOMINII TUI JUS convelli non sinet*; a protecção possessoria pertence ao *jus domini* e retirá-la seria prejudicar a protecção da propriedade — *JUS DOMINII CONVELLERE*;

d) segundo o curso natural das cousas, é sempre o proprietario quem intenta os interdictos possessorios. Embora nenhum jurisconsulto romano o tenha dito expressamente, é o que resulta do texto de Paulo (21) em que diz elle que o interdicto *unde vi* é concedido por causa da expulsão do possuidor, mesmo que este não seja o proprietario.

Ora, si elle julga necessario accentuar, de modo particular, esta circumstancia, é que o interdicto é feito para o proprietario, em cujas mãos deve, em regra, se achar a posse. (22)

(18) Liv. 3.^o, Tit. 1.^o, Const. 10.

(19) Dig., Liv. 43, Tit. 2.^o, frg. 1.^o, § 45.

(20) Liv. 7.^o, Tit. 32, Const. 5.^a.

(21) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frg. 8.^o.

(22) Diz Appleton que « l'interpretation de ce texte me parait être beaucoup plus simple: dans l'intention du législateur, l'interdit *unde vi* est

Eis porque, neste interdicto, se designa, como auctor, o proprietario e não o possuidor (23) e, no interdicto *de precario*, o auctor é também designado pelo termo — *dominus* — (24) e o objecto por termos que indicam a propriedade: *NOSTRO utatur* (25), *per fundum MEUM* (26), *rem MEAM* (27).

e) Na linguagem commum e na juridica, *possessio* emprega-se por *proprietas* — e *possessor* por *dominus* (28).

Ora, a unica razão dessa synonymia é que a posse é a exterioridade da propriedade;

f) Havia, porém, um caso em que os interdictos possessorios não podiam prestar o serviço para que foram introduzidos — em materia de herança.

Desde que a posse da pessoa cessa com a sua morte, a appropriação de bens da herança por terceiros não auctorizados não é uma subtração da posse e, portanto, não auctoriza nem os interdictos *retinendæ* nem os *recuperandæ possessionis*.

Ora, si o direito romano não tivesse preenchido essa lacuna por meio da *hereditatis petitio*, teria o herdeiro perdido a facilidade de prova, que a posse fornece ao proprietario, e seria obrigado a usar, ou da reivindicação, ou da Publiciana, cumprindo-lhe, então, fornecer a prova rigorosa de sua propriedade ou da *bonæ fidei possessio* do *de cuius*.

A circumstancia de ter o direito romano preenchido a falta dos interdictos pela *hereditatis petiti* ministra um novo argumento em favor da theoria de Jhering — é que, na *hereditatis petitio*, se substituiu a prova — do direito — pela da *detenção de facto*.

Isto só se explica pela theoria exposta e não pela de Savigny ou pela da vontade: por esta, a protecção possessoria

donné pour protéger le possesseur, qu'il soit ou non propriétaire «Op. cit., pag. 57). Nem Jhering affirma outra cousa; o que elle diz é que, si Paulo julgou necessario accentuar que tal interdicto se concede ao possuidor, mesmo que este não seja proprietario o, é porque a regra é que só este é que o intenta.

(23) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frg. 12.

(24) *Ibidem*, Tit. 26, frg. 4.^o, § 4.^o, frg. 6.^o, pr. e frg. 12, pr.

(25) *Ibidem*, frg. 15.

(26) *Ibidem*, frg. 3.^o.

(27) *Ibidem*, frg. 18.

(28) Dig., Liv. 50, Tit. 16, frg. 78; Cod., Liv. 1.^o, Tit. 32, frg. 12; Liv. 7.^o, Tit. 33, frg. 1.^o; Liv. 4.^o, Tit. 19, frg. 2.^o; Liv. 8.^o, Tit. 5.^o, frg. 1.^o.

tem, como causa unica, o facto de ter sido desconhecida a vontade do possuidor, e por aquella, a violencia que se lhe fez, quando, entretanto, na hypothese, tal vontade não existe e, pois, não era possivel ser desconhecida ou violentada.

Nem se diga que a *hereditatis petitio* não visa protecção possessoria ; pois, como reconhece o proprio Savigny (29), a noção dessa não reside na fórmula habitual dos interdictos, mas, unicamente, em ser uma relação de facto reconhecida e protegida sem prova do direito.

Entre vivos, esta relação de facto exige regularmente a vontade e se chama POSSE ; com a morte desaparece a vontade e, por conseguinte, a possibilidade da noção de posse ; mas nem por isso desaparece a necessidade pratica desta protecção e nem o seu fundamento philosophico-juridico — a facilidade de prova a favor do proprietario, a qual sempre subsiste ;

§ 12º

CONFRONTO COM OS INTERDICTOS RECUPERANDÆ POSSESSIONIS

1. Examinando sua theoria em frente dos interdictos *recuperandæ possessionis*, começa Jhering por mostrar que, ao contrario do que ensina a doutrina corrente, o interdicto *de precario* não é possessorio :

1º porque, nas fontes, nunca é designado como *recuperandæ possessionis*.

Com effeito, nenhum jurisconsulto deu esse nome ao interdicto *de precario* ; nenhum se serviu, a respeito d'elle, da palavra — *recuperare* e, nem nas Institutas (1), nem no Digesto (2), nem em Gaio (3) e nem, finalmente, em Theophilo (4) o achamos unido ao interdicto *unde vi*, como *recuperandæ possessionis*.

(29) *Op. cit.*, pag. 358.

(1) Liv. 4.º, Tit. 15, § 6.º.

(2) Liv. 43, Tit. 1.º, frg. 2.º, § 3.º.

(3) *Comm.* IV, § 154.

(4) *Comm.* IV, Liv. 15, § 6.º.

Tanto no edicto do Pretor, como no Digesto elles se acham separados por uma multidão de outros interdictos: deste trata-se no Digesto, Liv. 43, Tit. 16, e daquelle no Tit. 26 ;

2º) Elle não tem character possessorio ;

a) porque não presuppõe a posse na pessoa do concedente (5) ;

b) porque se lhe póde oppor a *exceptio proprietatis* (6).

c) porque o perde aquelle que, por estipulação, se fez prometter a restituição do precario (7).

Não basta, para o considerarmos como possessorio, a circumstancia de ter elle por fim a restituição da posse ; pois, aliás, consideraríamos tambem como possessorias a *reivindicatio* e a *actio empti*.

Assim, pois, os interdictos *recuperandæ* só abrangem dois casos — a subtracção violenta e a clandestina da posse.

2. Ora, porque só a estes dois casos é que se estende a protecção possessoria e não a todos em que seja a posse subtrahida. como o deve ser pela theoria exposta, visto que, em todos, é necessaria esta defesa complementar da propriedade?

E' um facto que se não justifica, e apenas se explica : é que as noções juridicas têm, muitas vezes, em sua origem ou primeiro apparecimento na historia, um aspecto limitado, que, em dadas circumstancias, não corresponde a seu verdadeiro fim, aspecto de que só se despojam após longo desenvolvimento.

Productos das necessidades e da experiencia, e não da idéa juridica abstracta, estas noções não ultrapassam, em geral, os moveis praticos aos quaes devem sua existencia, e contentam-se com um estado de facto, que reproduz a substancia da relação em uma formula accessivel, tangivel, mas, as mais das vezes, demasiado estreita; é o que se vê no *damnum injuria datum*, cuja fórmula abstracta na jurisprudencia posterior é mui-

(5) Dig., Liv. 43, Tit. 26, frg. 18.

(6) *Ibidem*, frg. 4.º, § 3.º.

(7) *Ibidem*, frg. 15, § 3.º.

tissimo mais larga e elevada do que a que tinha na *lex Aquilia*, em que só comprehendia os seguintes casos: — *quod jusscrit, fregerit, ruperit* (8).

Do mesmo modo procedeu o Pretor em relação aos interdictos possessorios, applicando-os aos dois casos principaes: — *vi aut clam*; os jusrisconsultos, porém, por uma interpretação intelligente, procuraram, o mais possivel, ampliar a noção de *vis* que não limitaram, como Savigny, (9), á violencia affectando directamente a pessoa (10).

3. Era, porém, impossivel abranger, na noção da *vis*, sem a transformar inteiramente, toda a especie de subtracção injusta, sem distinguir si ella é ou não um delicto.

Ora, esta lacuna foi preenchida por Theodosio e Justiniano, que crearam o *interdictum momentariæ possessionis*, tendo por

(8) E' esse um phenomeno geral e que se observa na historia, não só do direito romano, como de qualquer outro direito: é o que Jhering chama — o ponto de irrupção historica das idéas abstractas: «L'esprit humain (diz elle) decouvre plus tôt le côté concret des connaissances intellectuelles qu'il ne perçoit leur caractère abstrait.

C'est ainsi qu'en droit l'histoire nous montre les parties concrètes, c'est-à-dire, les règles du droit s'applicant aux diverses relations juridiques, développées infiniment plus tôt que les parties abstraites. Avant que la législation et la science reconnussent ces dernières, et les revêtissent de leur forme veritable, c'est-à-dire générale, elles ont souvent dû parcourir une longue période historique et traverser bien des phases diverses. L'histoire de ce développement est un des phénomènes les plus intéressants de l'histoire même du droit: sa connaissance nous est d'autant plus nécessaire qu'il s'y révèle une des tâches et une des opérations les plus importantes de la technique juridique.

Le phénomène dont il s'agit ici, et dont nous pourrions trouver une serie d'exemples, non seulement dans l'histoire du droit romain, mais dans celle d'un droit quelconque, consiste en ce qu'une idée abstrait, au moment ou elle se produit pour la première fois, ne se montre qu'en un point isolé, que l'on pourrait nommer son *point d'irruption historique*, qu'elle conserve longtemps un sens étroit et n'acquiert que lentement l'importance qui lui appartient d'après sa nature speciale.

Les idées aussi doivent lutter pour leur existence et il n'est pas rare de les voir conquerir péniblement chaque pouce de terrain. On ne les comprendrait point et on les repousserait si elles apparaissaient tout d'abord avec le caractère de generalité qui a fini par s'y attacher. Aussi ne prennent elles tout d'abord pied dans la réalité, que timides, discrètes, se contentant d'un domaine restreint, jusqu'à ce qu'elles se soient insensiblement conciliées les esprits, et qu'elles se soient fixées et fortifiées de manière à pouvoir prendre l'essor et se développer librement.» *Espirito do Direito Romano*, vol. 3.^o pags. 30 a 32).

Em seguida elle apresenta varios exemplos que comprovam essa verdade em direito romano. Vide, no mesmo sentido, *Vontade na Posse*, pag. 84.

(9) *Posse*, pag. 401.

(10) Vide Dig., Liv. 43 Tit. 16, frg. 1.^o, §§ 21 e 29; frg. 3.^o, §§ 7.^o e 8.^o frgs. 12 e 18.

fim obter, *sine pæna*, a simples restituição da posse de um imóvel, nos casos em que os outros interdictos possessórios não forem applicaveis, ou por já se ter expirado o prazo da prescrição, ou por se tratar de actos que se não possa qualificar como violencia.

E' o que vemos nos seguintes textos :

Si PER VIM VEL ALIO MODO absentis perturbata sit possessio (11);

«Ubi vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est» (12);

«Invasor locorum *pæna* teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si *per errorem* aut *incuriam domini* loca ab aliis possessa sunt, *sine pæna* possessio restitui debet» (13).

(11) Cod., rubrica do Liv. 8.^o, Tit. 5.^o.

(12) *Ibidem*, liv. 3.^o, Tit. 16, Const. unica.

(13) *Ibidem*, Liv. 8.^o, Tit. 4.^o, Const. 5.^o.

Diz Appleton que : Quelque bonne volonté qu'on y mette, il est impossible de decouvrir dans le seconde phrase de ce texte, dont Jhering se prévaut, la trace d'un remède possessoire. La Constitution que nous etudions nous dit que, lorsque le propriétaire aura perdu la possession sans subir de violence, par suite de son erreur ou de son incurie, il aura le droit de se faire rendre la possession être condamné à, mais sans que son adversaire puisse une peine. Qui nous prouve qu'il s'agisse ici d'un moyen possessoire ?

Ce n'est pas un simple possesseur qui est en cause, c'est un propriétaire (*dominus*).

Pas quel moyen un propriétaire se fait-il restituer la possession de sa chose ! Par la revendication ! Pas un mot dans le texte ne vient nous prouver qu'il s'agit d'une autre action que de la revendication.» (*Op. cit.*, pags. 78 e 79).

Como já mostrámos no § 11, n. 8, letra *d*, é, em regra, o proprietario (*dominus*) que intenta os interdictos possessórios: é o que se vê ainda nas numerosas passagens citadas por Jhering, *Interdictos*, pags. 72 e 73.

Esta objecção já havia sido formulada por Savigny e, respondendo lhe, diz Jhering : «Il est difficile de comprendre comment un *Savigny* a pu soulever une objection aussi insignifiante, qu'il neglige lui-même, sans s'en inquieter, dans d'autres occasions (il pourrait en effet rapporter avec tout autant de raison à la revendication les termes de Loi 12 Cod. de Poss. 7.32): *nihil penitus domino præjudici generetur*, mais ici (pag. 344) il ne se fait pas le moindre scrupule de les entendre de la continuation de la possession) et qui ne mérite d'autre refutation, en ce qui le concerne, qu'un simples envoi aux nombreux passages dans lesquels le *dominus* intente les interdicts possessoires (p. 72 s.)» (*Op. cit.* pag. 99).

E para se ver que se trata de uma acção possessoria. basta attender-se á rubrica do Tit. IV—UNDE VI, tanto mais quanto, em todo o titulo, só se trata da posse e, na const. 2.^a se diz: «INTERDICTI *exemplo*»; na Const. 4.^a INTERDICTI *unde vi*; na const. 6.^a: *ILICO reddatur* e na const. 11: «*nec unde vi INTERDICTUM*,»

«Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdiu etiam sine inscriptione meretur» (14).

E' o que resalta ainda do exame de alguns casos particulares, aos quaes esta acção o interdicto se applica, e em que, sem haver ideia alguma de violencia, é necessaria a protecção possessoria, como:

1º) o erro, quando por exemplo, *bona fide*, o comprador de um terreno começa a cultivar, como propria, uma parcella pertencente á posse de seu visinho, ou este cultiva uma parte daquelle, por ignorarem os verdadeiros limites, ou quando alguém possui como propria uma cousa de outrem, a qual se tenha confundido com as suas (15);

2º a *infidelidade do representante*, quando este abandona a um terceiro a posse do fundo que lhe foi confiado (16);

(14) Cod., Liv. 8.º, Tit. 4.º, Const. 8.ª.

(15) *Ibidem*, Const. 5.ª.

(16) Cod., Liv. 7.º, Tit. 52, Const. 12.ª Referindo-se a este texto, diz Appleton: «Mais voila qui vient corroborez absolument notre opinion: il faut qu'un délit ait été commis par le représentant pour qu'il y ait lieu à restitution. Le dépossédé est protégé ici contre un délit; s'il n'y avait pas délit de la part du représentant, la protection possessoire ne serait pas donnée: L'idée de délit est même ici si frappante, que, dans l'hypothèse la plus remarquable, d'infidélité, celle des tuteurs ou curateurs, la loi 6, *unde vi* tout en organisant une protection recuperatoire au profit des incapables spoliés, frappe leurs représentants prevaricateurs de la peine de la deportation perpétuelle et de la confiscation générale» (*Op. cit.*, pag. 99).

Tanto não é preciso, na hypothese, um delicto:

a) que Justiniano não emprega só a palavra - *dolo*—, mas também *desidia* e *negligenter*: «*DESIDIA forte vel dolo*»; «*circa quem NEGLIGENTER vel dolose versatus est*»;

b) que conclue, dizendo: «*Hoc eternim tantum sancimus—ut dominus NULLO MODO aliquod discrimen sustineat ab his quos transmiserit*».

(17) Cod., Liv. 8.º, Tit. 5.º, Const. 2.ª: Cod. Theodos., Liv., 4.º, Tit. 22. Const. 2.ª. Objecta Appleton: «Mais je ne vois pas du tout comment Jhering peut en conclure que si, malgré la prohibition du législateur, un rescrit ou une sentence a modifié la situation possessoire d'un absent, un recours possessoire sera ouvert à cet absent. Le texte n'en souffle mot; nous en pourrions conclure tout aussi bien que la sentence rendue au mépris de la prohibition légale sera nulle ou susceptible d'être reformée par une voie de recours ordinaire ou extraordinaire» (*Op. cit.*, pag. 80).

Conclue-se, irretorquivelmente, que se trata de um recurso possessorio:

a) da epigraphe do Tit. V: «*Si per vim vel alio modo absentis PERTURBATA SIT POSSESSIO*»;

b) de, na constituição anterior, á qual esta se acha ligada pela copulativa *nec*, se ter dicto que o recurso é o da *momentariæ possessionis actio*: *ut eos MOMENTARIA E PERINDE POSSESSIONI (sine ulla cunctatione) RESTITUANT*... «*actionem POSSESSIONIS RECUPERANDÆ indulgemus*».

3.º a *disposição judiciaria illegal* quando na ausencia do possuidor actual, se executava um rescripto imperial, ou uma disposição judiciaria estabelecendo a transmissão da posse, (17) ou quando a immissão na posse era obtida por surpresa, sobretudo si o adversario não era ouvido (18).

4.º) a *apprehensão da posse de um ausente* (19).

Que se tracta, não da acção reivindicacão, mas de um interdicto possessorio, é o que resalta das seguintes expressões: «*juris suffragium, quod in CELERI reformatione consistit*» (20); «*CELERI redhibitione*» (21); «*CELERI reformatione*» (22); «*amissa possessionis jura reparentur eademque PROTINUS restituta*» (23); «*ILICO reddatur*» (24).

Não procedem as objecções de Savigny á alteracão de que se tracta:

1.ª—que Justiniano não nos fala della, nem nas Institutas, nem no Digesto— porque elle não fala de todas as alteracões feitas á legislacão anterior, como, por exemplo, da que foi feita, segundo a opinião do proprio Savigny, no Codigo, (25) pela qual teria sido abolido um principio fundamental da

(18) Cod., Liv. 3.º, Tit. 6.º, Const. 3.ª.

(19) Cod., Liv. 8.º, Tit. IV, Const. 11. Objecta ainda Appleton: «En admettant—ce qui n'est pas textuellement indiqué dans la constitution—que l'interdit en question ne soit autre que l'interdit *unde vi*, nous trouvons, dans les termes mêmes dont se sert Justinien, une confirmation de nos idées»

Pourquoi Justinien accorde-t-il un remède possessoire? Parce que les individus qui s'emparent des biens d'un absent sont des brigands: *sancimus talem possessorem ut praedonem intelligi!* Toujours l'idée de delit qui plane sur toute la matiere.» (Op. cit., pag. 81).

Ora, que se não trata do interdicto *unde vi*, basta attender-se ao que diz o proprio Justiniano—que a especie se não póde incluir, NEM NO INTERDICTO *unde vi*, nem no *quod vi aut clam*, nem em qualquer outra acção possessoria existente: «*quia veteres leges nec UNDE-VI interdictum, nec QUOD VI AUT CLAM. VEL ALIAM QUANDAM ACTIONEM ad recipiendam talem possessionem definiabant VIOLENTIA IN ABLATAM POSSESSIONEM minime praecedente*»

Justiniano não diz que os que se apoderam dos bens de um ausente são salteadores; mas, sim, que, embora o não sejam, são considerados como taes: «*sancimus talem possessorem UT PRAEDONEM INTELLIGI*». E nem os poderia declarar taes, quando antes havia dito que: «*VIOLENTIA in ablatam possessionem MINIME PRAEDECEDENTE*».

(20) Cod. Theodos., Liv. 4.º, Const. 5.ª.

(21) *Ibidem*, Tit. 22, Const. 4.ª.

(22) *Ibidem*, Liv. 4.º, Tit. 23, Const. 1.ª.

(23) *Ibidem*, Liv. 9.º Tit. 10, Const. 3.ª.

(24) Cod. Just., Liv. 8, Tit. 4.º, Const. 6.ª.

(25) Liv. 8.º, Tit. 4.º, Const. 11.ª, *unde vi*.

theoria possessoria antiga—a condição da existencia actual da posse, requerida para o interdicto *unde vi*;

2.^a—que a acção applicavel aos casos de que falamos, é a *reivindicatio*—; porque os textos nos falam de uma acção nova—*actio momentariae possessionis, actio momenti, actio ad repetendum momentum* e dizem «*ILLICO reddatur*» (26).

Mas esta innovação só se refere aos immoveis, e, entretanto, devia entender-se tambem aos moveis, que, com grande facilidade, podem injustamente cahir sob a posse de outrem, sem que se encontre a condição de uma *vitiata possessio*, no sentido technico dos jurisconsultos romanos, isto é, *vi aut clam*: é assim que pombos alheios podem vir para o meu pombal, o guarda-chuva de outrem ser esquecido em minha casa, ou me ser entregue, por engano, um objecto alheio.

O antigo direito tinha para esses casos, o interdicto *utru-bi*, que já não existe para a hypothese, desde que foi assimilado ao *uti possidetis*.

Como substituil-o ?

As *actiones delicti* (*condictio furtiva, actio furti, actio vi bonorum raptorum*) não bastam, porque a retenção de uma coisa alheia nem sempre cáe sob a noção do *furtum*; como não bastam:

a) a *actio ad exhibendum*, visto não offerecer a vantagem decisiva das acções possessorias e deixar fóra de questão o interesse do auctor e o direito do reu;

b) a *condictio possessionis*, invocada por Bruns, visto se não poder, nella, recusar ao reu nem a excepção da falta de interesse da parte do auctor, quando este, por exemplo, furtou a coisa, nem a *exceptio proprietatis* de sua parte.

Eis porque a pratica adoptou, ha muito tempo, para estes casos, a *actio speli*, no que foi seguida pelas novas legislações tendo, entretanto, tal acção decahido completamente, á vista da condemnação que contra ella pronunciou Savigny, que a não podia conciliar com a sua theoria do delicto.

Attentos, entretanto, os motivos expostos, deve tal acção ser de novo adoptada.

(26) Vide notas supra.

Si é porém, assim necessaria, porque o não fez a legislação romana posterior, como o fez para os immoveis?

A razão é que então se tinha ainda o interdicto *utrubi*, (27) que, em sua fórmula antiga, concedia ao possuidor protecção contra toda a perda da posse, comtanto que fosse proposto em juízo em tempo opportuno.

Gosavam, assim, as cousas moveis de protecção muito maior que a concedida aos immoveis, e foi para acabar com essa differença que se deu ao interdicto *unde vi* o desenvolvimento de que falamos.

Ora, tendo Justiniano assimilado o interdicto *utrubi* ao *uti possidetis*, nem por isso restringiu a competencia daquelle ou por outra, fez com que este abrangesse, em relação aos moveis, os mesmos casos que aquelle abrangia. E' verdade que elle nol-o não diz expressamente; podemos, porém, chegar a esta conclusão da seguinte maneira:

A idéa de protecção da posse contra toda a subtracção injusta, tal como se realizou no ultimo desenvolvimento do interdicto *unde vi*, é inteiramente geral; ficou, porém, restricta aos immoveis, unicamente pela sua relação historica com o interdicto *unde vi*, unicamente porque era só aos immoveis que se applicava o dito interdicto e não havia necessidade de extendel-o aos moveis, que, pelo interdicto *utrubi*, já gosavam de igual protecção.

Tendo, porém, este interdicto desaparecido, por ter sido completamente assimilado ao *uti possidetis*, e tendo assim cessado o motivo da restricção, segue-se que ella cessou e que o desenvolvimento de que se trata, se applica tambem, quanto aos moveis, ao interdicto *uti possidetis*.

Em conclusão: os interdictos *recuperandæ*, no direito Justinianeu, attenta a innovação exposta, applicam-se a todos os casos em que é necessario facilitar ao proprietario a prova de seu direito e não sómente aos casos em que a posse tenha sido subtrahida *vi aut clam* (28).

(27) Cod. Theodos., Liv. 4.^o, Tit. 23, Const. 1.^a.

(28) Vide Ihering, *Interdictos*, pags. 87 a 127.

§ 13º

COMPROVAÇÃO DA THEORIA DE JHERING PELO
PARALLELISMO EXISTENTE ENTRE A POSSE
E A PROPRIEDADE.

1. Temos mais uma prova da verdade da theoria de Jhering na correlação extensiva da propriedade e da posse, inexplicavel pelas outras theorias.

Assim é que :

a) onde a propriedade é impossivel, a posse tambem o é;

b) e, ao inverso, onde a propriedade é possivel, a posse tambem o é.

2. A primeira proposição é verdadeira subjectiva e objectivamente, isto é, em relação ás pessoas e ás cousas ; pois não é possivel a posse onde a propriedade o não é, seja porque a pessoa não é della capaz (1), seja porque a cousa é que não póde ser objecto desse direito (2).

3. Só assim se resolvem as objecções que temos feito ás theorias analysadas, salvo a da presumpção da propriedade.

Pela theoria de Jhering o facto explica-se perfeitamente: — é que a posse foi introduzida para facilitar a defesa da propriedade, e, portanto, não sendo possivel esta, tambem o não é aquella. O phenomeno torna-se entretanto, inexplicavel, desde que se siga a theoria do delicto ou da violencia.

Eis, com effeito o que Savigny diz a respeito : elle se limita a affirmar, sem apresentar fundamento algum, que os casos de incapacidade possessoria, objectiva e subjectiva, « são a consequencia immediata da noção da posse » (3) que as *res extra commercium* não podem ser possuidas (4), que é muito na-

(1) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 49, § 1.º e freg. 24, *verbis* : *quia, quod... creditur possidere*.

(2) *Ibidem*, freg. 3.º, § 17 ; frag. 23, § 2.º ; freg. 30, §§ 1.º e 3.º.

(3) *Op cit*, pag. 107.

(4) *Ibidem*.

tural que os escravos sejam incapazes de toda a posse jurídica, porque elles não têm *direito* algum (5), e que a incapacidade dos filhos-familias resulta da regra geral, conforme a qual elles não podem ter nenhum *direito patrimonial* (6).

4. Esta resposta não satisfaz de modo algum.

Com effeito, que tem de *commun* a capacidade de direitos com a noção de posse, segundo a *theoria* de Savigny?

A posse não é, para elle, um *direito patrimonial*; mas, por assim dizer, o *theatro* onde se realiza um *delicto* contra a pessoa, sendo completamente indifferente que este *theatro* seja um *locus publicus* ou *privatus*, como já o mostramos.

5. Examinemos, porém, mais de perto a posição do filho-familias relativamente á posse, tanto passiva, como activamente, isto é, já como objecto, já como sujeito da mesma.

Elle não lhe pôde ser objecto (7), decisão esta que não é mais que uma applicação da regra geral — que os homens livres não podem ser possuidos.

A decisão está de accordo com a *theoria* de Jhering; pois o *filius-familias* recahia sobre a *patria* e não sob a *demonica potestas*, e, desde que não era susceptivel de um *reivindicatio* (8), tambem o não era dos *interdictos possessorios*.

Ora, porque a retenção de um *filius-familias* não era um *delicto* ou um attentado contra a vontade de seu pae, ao passo que o era a de um escravo?

Sobre ambos não tinha elle uma *potestas*?!

Esta não era lesada?!

6. Tambem não se explica, pelas outras *theorias*, a incapacidade possessoria activa do *filius-familias*; porquanto sua vontade se manifestou sobre a coisa de que se apoderou e ha um

(5) *Ibidem*, pag. 110.

(6) *Ibidem*, pag. 109.

(7) Dig., Liv., 41. Tit. 2.º, frg. 1.º, § 8.º.

(8) *Ibidem*, Liv. 6.º, Tit. 1.º, frg. 1.º, § 2.º. E a contraprova dessa verdade e da *theoria* de Jhering é que, no tempo de Gaio, como a *reivindicatio* se applicava aos *filius-familias* (Dig., Liv. 6.º, Tit. 1.º, frg. 1.º e 2.º), estes eram tambem objecto da posse. (*Vide Vontade cit.*, pags. 97 e 98).

attentado ou delicto contra ella, desde que lhe tirem a mesma cousa.

Segundo a theoria exposta, porém, a explicação é completa—elle não tem posse, porque não tem propriedade sendo pois, aquella desnecessaria.

E a contra-prova desta verdade é que :

1.^o) elle tem a posse do peculio castrense, porque tem a propriedade do mesmo (9).

2.^o) si na ausencia do pae, elle comprar objectos e estes lhe forem entregues, dada a morte do mesmo, elle tem a posse de taes objectos, desde o momento dessa morte (10), e não desde o momento em que teve conhecimento da mesma.

E a razão é que, desde aquelle momento, elle se tornou *sui juris*, *suius heres*, proprietario.

7. A' theoria exposta pode-se objectar o texto do Digesto em que diz Paulo; «*Ferum autem et basilicam hisque similia NON POSSIDENT (municipes), sed promiscue his UTUNTUR.*» (11).

A objecção não procede e, ao contrario, reforça-a; porque, embora esses objectos sejam da cidade, esta não tem direito de propriedade sobre elles e, por isso, não tem a posse dos mesmos.

Com effeito, *alicujus esse*, não quer dizer—ser proprietario—: assim é que nossos cabellos e dentes são nossos ou nos pertencem; mas enquanto adherem ao nosso corpo, não são objecto do direito de propriedade e nem do de posse, isto é, não se lhes applicam as respectivas regras juridicas.

Tambem as *res sacrae* pertenciam ás comunidades religiosas, as *res religiosas*, aos particulares, e, apesar disso, nunca os jurisconsultos as incluíram sob a noção da propriedade.

O mesmo se dava com as *res publicae*, cujo destino não era servir ao Estado, como pessoa juridica, mas sim, aos cidadãos (*usus publicus*).

Tambem sobre um credito ou uma letra de cambio nós fallamos em direito de propriedade; não é, porém, ao dominio

(9) Dig. Tit. 3.^o, frag. 4.^o, § 1.^o.

(10) *Ibidem*, frag. 41, § 7.^o.

(11) Liv. 41, Tit. 2.^o, frag. 1.^o § 22.

que nos queremos referir; não queremos, com isso, sujeitar taes titulos ás regras deste, relativas á liberdade de alienar, á possibilidade ou não da partilha, ao condominio, ao estabelecimento de servidões, á usucapião, etc.

Pois bem : tambem a estas regras não estão sujeitas as *res publicæ*, e, portanto sobre ellas não ha propriedade embora *alicujus sint* (da cidade) e, pois, não ha posse ;

8. b) Onde a propriedade é possível, a posse tambem o é :

1.º) Os infantes e loucos têm posse, porque são capazes de ser proprietarios.

Ora, desde que seus bens não são administrados por elles, não se pode contra os mesmos commetter o delicto da violencia, como, não tendo vontade, não pôde esta ser lesada; e, pois, elles não deviam gosar da protecção possessoria.

Mais ainda : no direito novo, os infantes podem sem intervenção ou auctoridade do tutor, adquirir a posse das cousas que habitualmente lhes são dadas, como brinquedos, confeitos, dinheiro, etc. (12), porque podem sem a dita auctoridade, adquirir a propriedade de taes cousas;

2.º) as pessoas juridicas podem possuir (13); ora, ellas não têm vontade natural de possuir, e, pois, esta vontade não pôde ser, nem lesada, nem victima do delicto da violencia ;

3.º) a quasi-posse, estendendo-se a todos os direitos aos quaes corresponde um exercicio duradouro e visivel, só se explica tambem pela theoria de Jhering, visto que nella não ha mais o poder physico sobre a cousa, do qual fala Savigny. (14).

9. Quando tratarmos da aquisição e da perda da posse, mostraremos que esta consiste na visibilidade ou exterioridade da propriedade, o que ainda é uma confirmação da doutrina exposta. (15).

(12) Cod., Liv. 7.º, Tit. 32, arg. da Const. 3.º; Dig., Liv. 41, Tit. 3.º, frag. 4.º, § 2.º.

(13) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 1.º, § 32 e frg. 2.º.

(14) Jhering, *Interdictos*, pags. 127 a 143.

(15) Jhering, *Interdictos*, pags. 127 a 143. Segundo Baudry-Lacantinerie et A. Tissier *Op. cit.*, *De la Prescription* ns. 219 e 211, pags. 126 e 127), esta theoria já fô:a apresentada por T. oplong e Aubry et Rau, e Jhering, apenas lhe deu, na Allemanha, o apoio consideravel de sua auctoridade. Não é ver-

10. Além das já expostas e refutadas em notas aos paragraphos anteriores, Appleton, que só accêita a theoria de Jhering para os interdictos *retinendæ*, faz-lhe ainda as duas seguintes objecções, que abrangeriam, si procedentes, mesmo esses interdictos :

a) Esta theoria, em relação ao interdicto *de precario*, não se concilia com a hypothese de Niebuhr sobre a origem historica dos interdictos possessorios, que, de accordo com a mesma, foram introduzidos para proteger os occupantes do *ager publicus* e, portanto, não tiveram o intuito de facilitar a defesa da propriedade, que era impossivel sobre tal *ager* (16) ;

b) O interdicto *unde vi*, conforme a lei agraria de 643, foi imaginado para proteger individuos que não eram e nem po-

dadeiro o assento, porque esses dois civilistas, seguem a doutrina da *presumpção da propriedade*, Vide, § 1.º, notas 31 e 35), que diverge completamente da de Jhering.

Com mais razão affirma Carpentier que feita abstracção do ponto de vista scientifico, a ideia desenvolvida por Jhering foi uma das inspiradoras do legislador do Cod. Civil Francez, como se vê da exposição de motivos de Bigot-Reameneu :

« Posseder est le but que se propose le propriétaire, posséder est un fait positif, *exterieur et convenu* qui indique la propriété. La possession est donc à-la-fois l'attribut principal et une preuve de la propriété. S'il en était autrement, il n'y aurait aucun terme après lequel on put se regarder comme propriétaire; il ne resterait au législateur aucun moyen de prévenir ou de terminer les procès; tout serait incertitude et confusion.

La possession est un fait qui ne peut pas d'abord établir un droit, mais qui indique la qualité de propriétaire » (*Répertoire du Droit Civil Français*, vol 30, n. 8, pag. 845).

(16) Et maintenant que nous nous sommes efforcés d'établir, par cette refutation que l'interdit *de precario* est bien un interdit possessoire, demandons-nous quel intérêt avait Jhering à exclure cet interdit de la discussion.

C'est que nulle part il n'y trouve la confirmation de son système; bien loin de là.

Il nous a montré l'origine de l'interdit *uti possidetis* dans les *vindictæ*, cette procedure preparatoire à la revendication primitive. Pour l'interdit *de precario*, rien de semblable: il est probable, depuis les travaux de Niebuhr et de Savigny, qui ont été si souvent resumés et amplifiés qu'il est inutile de les reproduire ici, il est probable que le précaire prit naissance sur l'*ager publicus* insusceptible de propriété privée. Les patriciens obtenaient des concessions sur le domaine public, ou même s'en emparaient sans titre. Les vastes espaces de terrain, les *possessions* qu'ils detenaient ainsi, leur servaient à gratifier leurs clients au moyen de distributions de parcelles de terre, faites gratuitement, et revocables au gré du concedant.

Festus, v. *Patres* nous initie a cette pratique, qui plus tard s'étendit aux terres du domaine privé des citoyens et même aux objects mobiliers. Mais il n'en est moins vrai que ces premières concessions à précaire emanèrent d'individus qui n'étaient pas propriétaires et qui ne pouvaient pas l'être.

C'est précisément pour cela qu'ils restaient sans armes contre le refus de restituer que pouvait leur opposer le concessionnaire; et c'est cette situation interessante que le preteur voulut protéger: lorsqu'il crea l'interdit *de precario*. (*Op. cit.*, pags. 75 e 76).

diam ser proprietarios, tanto que, a principio, era precisamente recusado ao proprietario (17).

11. Estas objecções são improcedentes, como passamos a mostrar:

a) Quanto á primeira, eis, em resumo, a hypothese de Niebuhr: O sólo romano compunha-se de duas partes completamente differentes—dominio publico e dominio particular, *ager publicus et ager privatus*.

Só este é que podia ser objecto do direito de propriedade.

Quanto áquelle, porém, salvo as terras que tinham um destino publico, podiam os particulares occupar-lhe partes e cultivar-as, sem que, entretanto, adquirissem a propriedade das mesmas e as respectivas acções reaes.

Como, porém, era preciso protegê-los contra aggressões arbitrarias, o pretor na impossibilidade de lhes dar uma acção, por falta de um direito que lhe servisse de base, concedeu-lhes os interdictos *vi et clam*, satisfazendo, assim, á necessidade mais urgente contra as aggressões violentas ou as usurpações furtivas.

Podia haver ainda uma lesão especial, que os romanos designavam pela palavra *precarium*.

As terras publicas só eram occupadas pelos optimates e, como estes as não podiam cultivar todas, concediam a seus clientes, como um favor e a pedido dos mesmos (d'ahi *precarium* de *preces*) partes mais ou menos extensas, para que elles as cultivassem e dellas se aproveitassem, concessões essas que constituíam uma verdadeira liberalidade e eram revocaveis á vontade.

(17) • Il peut être historiquement démontré que l'interdit *unde vi* a été imaginé pour protéger des individus qui n'étaient pas et ne pouvaient pas être propriétaires, et que primitivement il était précisément refusé au propriétaire, pour lequel, d'après Jhering, la protection possessoire aurait été inventée. Cette démonstration est basée sur l'étude de la loi agraire de 413, improprement appelée loi Thoria. (V. Girard, *Textes de droit Romain*, pp. 42 et 8). Nous mettons entre parenthèses les passages restitués. Le législateur y transforme en propriété privée une certaine quantité de terrains de l'*ager publicus*, en supprimant le *vectigal*. (Voy. Mommsen, cité par Girard, *op. cit.*, pag. 42). Il edicte ensuite, à l'égard des fondes ainsi transformés, la disposition suivante (ligne 18):

Podia, entretanto, um cliente perfido abusar da posição do patrono e não querer lhe entregar as terras, visto não poder este justificar um direito sobre ellas: para remediar este mal o pretor concedeu-lhe o interdicto *de precario*. (18)

Nenhum testemunho positivo estabelece tal origem para os interdictos possessorios; affirmam, entretanto, Savigny e Maynz

«(Si quis eorum, quorum ager supra scriptus est, ex possessione vi ejectus est, quod ejus qui ejectus est, possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo, qui eum ea possessione vi egerit: quem ex hac lege de ea re jus ducere oportebit, sei is qui ita ejectus est, ad eum de ea re in jous adierit ante idus Martias, quæ post hanc legem rogatam primæ erunt, faci, ut ei is, qui ita vi ejectus est, in eam possessionem unde vi ejectus est, restitatur)».

Donnons une traduction de cette phrase un peu compliquée :

« Si quelqu'un de ceux du champ desquels il a été parlé plus haut a été expulsé par violence de la *possessio* qu'il détenait, et si le dit possesseur expulsé ne possédait ni par violence, ni clandestinement, ni à titre précaire à l'égard de celui qui l'a expulsé par violence de cette *possessio*, le magistrat que la présente loi aura investi de la compétence judiciaire sur les contestations relatives à cette espèce de champs, si ce lui qui a été ainsi expulsé forme devant lui, de ce chef, une demande en justice avant les ides de mars qui suivront la rogation de la présente loi, devra faire rentrer l'expulsé dans la *possessio* dont il a été expulsé par violence.»

Quelle a été la pensée du législateur ? Il y a d'abord quelque chose d'indiscutable: c'est que la légitime detention du domaine public était protégée.

Comment ? C'est ce que le passage que nous venons de citer nous permettra peut-être d'éclaircir.

Les détenteurs de l'*ager publicus*, victimes d'expulsions violentes, avaient donc des moyens de se faire remettre en possession. Les propriétaires de *loca privata* avaient aussi un moyen de faire respecter leur propriété, la *reivindicatio*.

Mais comment les anciens détenteurs de l'*ager publicus*, devenus propriétaires en vertu de la loi de 643, et qui auraient été expulsés injustement de leurs *possessions* avant le vote de la loi, parviendront-ils à se faire remettre en possession ? Le *dejiens* leur tiendra le langage suivant: «Vous prétendez user contre moi du moyen possessoire accordé aux détenteurs de l'*ager publicus*. Mais vous ne pouvez plus aujourd'hui bénéficier de ce moyen de restitution, car il est exclusivement réservé aux simples détenteurs de *possessions*, et l'immeuble dont il s'agit est aujourd'hui *ager privatus*.»

Ce raisonnement devra-t-il réussir ? Le législateur ne l'a pas pensé, et c'est pour empêcher qu'il ne triomphe, qu'il a écrit la ligne 18 de la loi agraire de 643. Il a déclaré que le possesseur devenu propriétaire, mais expulsé avant le vote de la loi, continuerait à bénéficier, jusqu'aux ides de mars suivantes (c'est-à-dire pendant un an, la loi ayant été votée au printemps) du moyen possessoire dont il jouissait comme simple détenteur de l'*ager publicus*.

Mais une fois l'année écoulée, tout rentrera dans l'ordre accoutumé, et l'action en revendication competera seule au nouveau propriétaire, le moyen possessoire, origine evidente de l'interdit *unde vi*, restant réservé aux détenteurs de *possessions*.

Il résulte donc de cette discussion que l'interdit *unde vi* dans sa forme primitive était accordé à certains individus non propriétaires, et pas encore étendu aux propriétaires.» *Op. cit.*, pags. 84 à 86).

(18) Maynz, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 99, pags. 629 e 630; *Archivio Giuridico*, vol. 50, pags. 22 à 24.

que não ha hypothese mais provavel no dominio da historia do direito. (19)

Elles, porém, não têm razão :

1.º) porque muito antigamente, ao lado do interdicto *uti possidetis*, para os immoveis, já havia o *utrubi*, para os moveis, interdicto este que se não abrange na dita hypothese (20);

2.º) porque o testemunho da historia lhes é positivamente contrario ; pois nos apresenta applicações do conceito da posse que ascendem aos primeiros tempos de Roma.

Com effeito a usucapião apparece como um instituto antiquissimo, anterior á propria Lei das XII Taboas, que o acolheu e disciplinou; o mesmo dá-se com a *in manu conventio* da mulher mediante o *usus*: ella cahia sob a *manus* do marido, si este a tivesse, sem interrupção, possuido por um anno. (21)

E, entretanto, a actividade creadora do pretor só começou muito depois, isto é, com a introdução do processo formulario (22);

3.º) A formula antiga do interdicto *uti possidetis*, qual nos é referida por Festus, começava pelas palavras *ut nunc possidetis eum FUNDUM*.

Ora, seria preciso que o pretor romano não soubesse uma palavra da lingua latina para empregar o termo *fundus* em relação ao *ager publicus*.

Havia, com effeito, uma distincção muito nitida entre *ager* e *fundus*: *ager* designava o sólo, de uma maneira geral, e só se precisava por meio de qualificativos, como *publicus*, *privatus*, *vectigalis*, *tributarius*; *fundus*, ao inverso, era uma parte desse *ager*, a qual formava uma unidade agricola independente, uma fazenda ou predio rustico (23); ora uma parte do *ager publicus* nunca podia constituir uma unidade agricola independente das

(19) Savigny, *Posse*, § 12 a, pags. 171 a 177; Maynz, *loco supra citato*.

(20) Duroi e Wangerow, citados por Mollitor, *op. cit.*, pags. 120.

(21) Pugliese, *Prescrizione Acquisitiva*, n. 97, pag. 231.

(22) Jhering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 2.º, pag. 77 e 3.º, pag. 341; *Vontade* citada, cap. XVII pag. 334.

(23) Dig., Liv. 50, Tit. 16, frgs. 60 e 211.

outras partes do mesmo, de sorte que o pretor deveria ter dito «*uti possidetis eum LOCUM*» (24) ;

4.º) Do mesmo modo, não teria elle usado do verbo *possidere*, mas da expressão technica *frui*, que, segundo o testemunho de Mommsen, (25), era a universalmente reconhecida para designar o gozo do *ager publicus* (26) ;

5.º) O pretor não tinha, primitivamente, sobre o *ager publicus*, competencia alguma; esta pertencia, exclusivamente, ao censor, que é quem o arrendava, a quem incumbiam todas as questões relativas ao patrimonio do Estado (27) e que percorrendo seus livros, decidiria, com a maior facilidade, qualquer contenda relativa aos arrendamentos por elle feitos, visto lhe incumbir a defesa dos respectivos arrendatarios (28).

Quando, mais tarde, ao pretor foi concedida tal competencia, elle concedeu, para o dito fim, o interdicto *de loco publico fruendo* (29), como o reconhece o proprio Appleton (30); ora, si elle já tivesse introduzido os interdictos pessorios, para que crearia ainda este ? (31) ;

6.º) Accresce, quanto ao interdicto *de precario*, que elle não podia ter sido concedido ao patrono contra o cliente e isto pela razão peremptoria de que este não podia figurar em juizo (32) ;

b) Na lei agraria citada, como se vê pela transcrição feita em a nota 17, não se nos depara *uma só palavra*, da qual se possa concluir que os occupantes do *ager publicus* eram protegidos pelo interdicto *unde vi*, devendo sel-o, de accordo com o que acabamos de mostrar, primitivamente pelo censor, e só depois pelo pretor, mas pelo interdicto *de loco publico fruendo*.

(24) Jhering, *Vontade* citada, cap. VIII, nota 53, pag. 107; Cornil, *op. cit.*, § 21, pag. 293.

(25) *Direito Publico Romano*, tomo 2.º, cap. 1.º, pag. 431.

(26) Jhering, *loco supra citato*.

(27) Mommsen, *loco supra citato*, pag. 458.

(28) Jhering, *loco citato*, pags. 107 e 108.

(29) Dig., Liv. 43, Tit. 9.º; Miraglia, *Filosofia del Diritto*, vol. 2.º, pag. 130.

(30) *Op. cit.*, pag. 29.

(31) Jhering, *loco supra citato*.

(32) Jhering, *op. cit.*, Cap. XVII, pag. 335.

O que dessa lei se conclue é precisamente o contrario do que diz Appleton: só depois que as terras occupadas pelos particulares lhes foram concedidas, *a titulo de propriedade*, é que, egualmente, lhes foi concedido o interdicto *unde vi*: mais uma prova do parallelismo entre a posse e a propriedade e, portanto, da theoria de Jhering.

Si se delimitou, para o respectivo uso, o lapso de um anno, é que este era o prazo da prescripção desse interdicto (33).

Basta ler a lei, traduzida pelo proprio Appleton, para se ver, *prima facie*, quanto é phantastica e arbitraria a construcção que elle sobre ella levantou!

Não ha *uma só palavra* de que se possam deduzir as consequencias por elle tiradas!

E note-se que as proprias palavras que ella contém em relação ao interdicto *unde vi*, foram completadas, como se vê do respectivo parenthese (34).

12. Do exposto neste e nos anteriores paragraphos resulta que a unica theoria verdadeira é a de Jhering.

(33) Dig., Liv. 43, Tit 16, frg. 1.º, pr., e § 39.

(34) *vide* nota 17 supra.