CAPITULO II

Efeitos juridicos da posse

§ 1.º

OS INTERDICTOS

1. — Ha, na doutrina e nas legislações, a maior divergencia quanto aos efeitos da posse : si um escriptor chegou a lhe attribuir setenta e dois efeitos differentes (1), outros, apenas, lhe reconhecem um : — os interdictos, para uns (2); a presumpção da propriedade, para outros (3); havendo até quem lhe negue qualquer efeito. (4)

2. — A verdade juridica está com os que ensinam que os interdictos são um efeito da posse e o unico por ella produzido. (5)

De facto, chama-se efeito especifico ou propriamente dito de um instituto o producto constante e normal do mesmo, producto que, em circumstancias dadas, se apresentará regu-

(1) Tapia, *apud* Savigny, *op. cit.* § 3.º, nota 2, pag. 13; Ruggieri, *op. cit.*, § 327, pag. 516.

(2) Maynz, *op. cit.*, vol. 1.º, § 80, pags. 630 e 631; Van Wetter, *op. cit.*, vol. 1.º, § 145, pags. 295 e 296; Cornil, *op. cit.*, § 1.º, nota 3, pag. 3; Randa, *apud* Ruggieri, *op. cit.*, § 337, pag. 516.

(3) Aubry et Rau. *Droit Civil Français*, vol. 2.º, § 132, pags. 130 e 140; Pacifici Mazzoni, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. 3.º, cap. 3.º, ns. 21 e 22, pags. 33 e 35.

(4) Sintenis, *apud* Savigny, *op. cit.*, § 2.º, nota 1, pag. 9; Kierulff e Buchel, *apud* Dalman, *op. cit.*, nota 25 ao n. 155, pag. 184.

(5) Civilistas citados em a nota (2) supra; Codigo Civil Saxonio, § 205; Codigo Civil de Zurich, arts. 75 e 77.

Este Codigo, para a concessão dos interdictos, faz uma distincção entre a posse de má e a de boa fé : todo o possuidor, de boa ou de má fé, tem direito aos interdictos «para defender sua posse contra toda a violencia indevida e contra toda a turbação que constituir um delicto» (art. 77); o possuidor de boa fé tem mais «direito á protecção do juiz contra toda a turbação arbitraria, mesmo parcial, de sua posse, ainda que essa turbação não constitua um delicto» (art. 79); Cod. Civil do Montenegro, art. 19.

lar e necessariamente, desde que o instituto exista, sem que seja precisa nenhuma outra condição. (6)

Ora, os interdictos — acções tendentes á protecção da posse — são o producto constante e regular desta, independentemente de qualquer outra condição (7): logo são um effeito legal da mesma.

3. — A razão pela qual alguns civilistas negam esse effeito á posse, é, dizem, porque os interdictos presuppõem um acto de violencia, sem o qual não são concedidos, e, portanto, não resultam só da posse (8)

Ora, essa razão é improcedente;

a) porque, ao contrario do que ensina a escola de Savigny, nem todos os interdictos exigem o requisito da violencia (9), como o demonstraremos, quando tratarmos do fundamento da protecção possessoria;

b) porque ainda que assim fosse, ella seria, não a causa efficiente dos mesmos, mas, apenas, mera occasião para ser invocado o respectivo exercicio, exactamente como se dá no direito de legitima defesa; (10)

c) e mesmo porque, coma diz Randa, sem um direito anterior lesado não ha delicto, o qual é constituido por essa lesão — *injuria qui non jure fit*. Ora, o unico direito anterior existente é a posse, tanto que o simples detentor não póde intentar os interdictos. (11)

4. — Os civilistas francezes em geral (12) e alguns italianos (13) negam que os interdictos sejam effeito da posse,

(6) Cornil *op. cit.*, § 1.º, nota 3, pag. 3; Stuart Mill, *Systeme de Logique*, vol. 1.º, cap. 5.º, § 3.º, pag. 170; Franz von Listz, *Tratado de Direito Penal*, tomo 1.º, § 28, n. V, 1.º, pag. 204.

(7) Dig. Liv. 43, Tit. 16, frag. 1.º, §§ 9.º e 23; Tit. 17, f. ag. 1.º, § 4.º e frag. 2.º; Inst., Liv. 4.º, Tit. 15 §§ 4.º, 5.º e 6.º.

(8) Vide nota (4) supra.

(9) Jhering, *Fondement des Interdicts Possessoires*, pags. 16 a 18; Wermond, *op. cit.*, pag. 16 a 26; Moitor, *op. cit.*, pags. 21 e 22; Cornil, *op. cit.*, pags. 311 e 312; Appleton, *Protection Possessoire*, pag. 22

(10) Lafayette, *op. cit.*, § 4.º nota 3, pag. 18.

(11) Aput Dalmau, *op. cit.*, n. 155, pag. 185.

(12) Aubry et Rau, *op. cit.*, tomo 2.º, § 182, pags. 139 e 140; Troplong, *De La Prescription*, vol. 1.º, ns. 225 a 231, pags. 365 a 370; Bonnier *Traité des Preuves*, vol. 2.º, n. 837, pag. 413.

porque não os póde invocar todo o possuidor, mas sómente o que tiver a posse legitima e, pelo menos, durante o decurso de um anno.

Esta razão, porém, só é procedente no direito francez, onde nem toda a posse é protegida pelos interdictos, mas só a legitima e annal (14); não procede, porém, no direito romano, que não exige esse requisito (15), nem no italiano, que tambem o não exige para o interdicto *recuperandæ possessionis*, para a *novi operis denuntiatio* e nem para a *cautio damni infecti* (16).

Demonstrando, assim, que os interdictos são um effeito da posse, demonstraremos que são o unico.

Analysemos, para isso, os outros principaes que os mais notaveis civilistas lhe attribuem.

§ 2.

A USUCAPIÃO

1. A generalidade da doutrina enumera como tal a usucapião (1), doutrina essa que é corrente em nosso direito (2).

(13) P. Mazzoni, *op. cit.*, vol. 3.º, n. 21, pag. 31.

(14) Cod. Civil, a t. 2.229; Cod. do Proc. Civ. art. 23.

(15) Vide nota (7) supra.

(16) O Cod. Civil Italiano só exige que a posse seja legitima e annal para o interdicto *retinendæ*; não, porém, para o *recuperandæ*: art. 624: «Chi trovandosi da altre unanno nel possesso legitimo di un immobile, o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato, può entro l'anno della molestia chiedere la manutenzione del possesso medesimo»; art. 695: «Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo».

Quanto as garantias concedidas á posse, o Cod. italiano distingue-a em posse simples, legitima e de boa fé: á simples, isto é, despida de qualquer outra condição, confere o *interdictum recuperandæ*, a *novi operis nuntiatio* e a *cautio damni infecti*; á legitima, isto é, revestida das qualidades do art. 686 — o *interdictum retinendæ* e a *usucapio*; á de boa fé — a *fructuum perceptio*, o *ius retentionis* e a propriedade dos moveis.

(Vide De Filippis, *Diritto Civile Italiano Comparato*, vol. 2.º, n. 97, pags. 71 e 72.)

Não tem, pois, razão alguma Mazzoni e os escriptores que o seguem.

(1) Wodon, *op. cit.*, tomo 1.º, ns. 1 e 46, pags. 14 e 64; Windscheid, *op. cit.*, § 148, n. 2, pag. 36; Ruggieri, *op. cit.*, vol. 1.º, § 337, pags. 516 e 517; Planiol, *op. cit.*, tomo 1.º, n. 899, pag. 339; Baudry Lacantinerie et A. Tissier, *op. cit.*, n. 237, 3.º, pag. 14; Saredo, *Istituzioni di Procedura Civile*, vol. 1.º, § 111, ns. 229 e 230, pags. 164 e 165.

(2) Laffayette, *op. cit.*, § 4.º, pag. 17; Ribas, *op. cit.*, § 4.º, pag. 15; Trigo de Loureiro, *Direito Civil*, vol. 1.º, § 279, pag. 230.

A razão em que se firmam é, em resumo, a seguinte :

Conforme a lei das XII Taboas, todo aquelle que possue uma cousa, durante um ou dous annos, se torna della proprietario : assim, pois, a simples posse, independentemente de todo o direito, é que produz a aquisição da propriedade, isto é, a usucapião.

Nem se diga que essa posse foi considerada um direito e, nesse character, protegida pela acção Publiciana, da qual, pois, é que é effeito a usucapião ; porquanto a Publiciana, é de origem muito mais recente (3), e por conseguinte, não lhe pôde ser causa.

A' usucapião veio, mais tarde, juntar-se a *longi temporis præscriptio* (4), isto é, uma excepção que se oppunha á *reivindicatio* ; como essa excepção, porém, tinha, em geral, condições identicas ás da usucapião, podemos, mesmo no direito antigo, considerar, sob um só ponto de vista, a posse que serve de base a ambos os institutos.

E, desde Justiniano, é sempre o direito de propriedade que se adquire em ambos os casos, o que é verdade mesmo para a prescripção trintenaria, comtanto que seja acompanhada de boa fé.

A datar dessa época, só se deve, pois, falar de usucapião, pouco importando que ella dure dez, vinte ou trinta annos.

E' verdade que nenhum texto denomina *usucapio* á aquisição da propriedade por posse trintenaria ; é, porém, perfeitamente logico chamar-se-lhe assim, visto que ella tem por effeito, como toda outra usucapião, conferir o direito de propriedade.

Accresce que os jurisconsultos do tempo de Justiniano não têm outra palavra para a designar e certamente nem existe outra (5).

2. Ora, essa razão não procede.

(3) Vide Maynz, *op. cit.*, § 122, pag. 795.

(4) Vide *ibidem*, §§ 111 e 112, pags. 745 e 746.

(5) Savigny, *op. cit.*, § 2.^o, pags. 9 a 13.

Com effeito, mesmo na Lei das XII Taboas, não era simples posse que produzia a usucapição; requeriam-se, ainda, as seguintes condições:

- a) *persona habilis*, isto é, que o aquirente fosse *civis romanus* ou gosasse do *jus commercii*;
- b) *res habilis* — uma coisa situada no sólo romano ou no italico e que estivesse no *commercium*;
- c) posse continua por dois annos para os immoveis e por um anno para os moveis;
- d) *justa causa aut titulus possessionis*;
- e) e, em regra, a *bona fides*. (6)

Como a usucapição não se applicava aos *peregrini* e aos fundos provinciaes, os pretores e proconsules protegeram as respectivas posses por meio da *præscriptio longi temporis*, excepção que os possuidores *per longum tempus* oppunham contra qualquer possivel reivindicacão.

Obtinham-se, assim, indirectamente, os mesmos resultados da usucapição, pelo que a posse devia tambem se revestir das mesmas condições. (7)

Tendo, desde Caracalla, desaparecido a differença entre *cives romani* e *peregrini* e achando-se, no tempo de Justiniano, muito reduzido o numero dos fundos italicos, elle fundiu a *usucapio* na *longi temporis præscriptio*, sendo para esta, em regra, exigidos os requisitos constantes do seguinte hexametro: *res habilis titulus, fides, possessio, tempus*. (8)

3. Do exposto resulta que, para a usucapição e para a prescripção acquisitiva, nunca foi sufficiente a simples posse, mas sempre se exigiram, como ainda hoje, outros requisitos: logo é do conjuncto destes, e não só da posse, que ellas são effeitos.

Responde Ruggieri que «esses outros requisitos, sem os quaes a usucapição não se póde realizar, são simples condições necessarias e nada mais» (9); revidaremos, porém, que, assim,

(6) Maynz, *op. cit.*, § 110, pags. 739 a 745.

(7) *Ibidem.* § 111, pags. 745 a 747.

(8) *Ibidem.* §§ 112 e 113, pags. 747 a 763.

(9) *Op. cit.* § 337, pags. 517.

a posse é, apenas, uma dessas condições e, portanto, não é a causa; pois esta é constituída pelo—*conjuncto das condições necessarias á producção do phenomeno*. (10).

É o proprio Ruggieri quem nol-o diz, cahindo em palpavel contradicção, quando refuta o parecer dos que affirmam ser a *fructuum perceptio* um effeito legal da posse:

«Concede-se ao possuidor de bôa fé fazer seus os fructos do fundo possuido. Não é isso effeito da posse; porque a posse não é a razão principal que se considera para induzir esse modo de adquirir o dominio.

E qual é essa razão? A bôa fé.» (11).

Não é tambem satisfactoria a razão dada pelo Conselheiro Lafayette: «a posse é o elemento gerador dominante, não sendo os outros requisitos senão qualificações que se lhe exigem para aquelle fim» (12); porquanto os outros requisitos não são meras qualificações da posse, mas verdadeiras *condições*, sem as quaes ella não produz a usucapião.

Ninguem, de facto, dirá que a *causa habil*, o *justo titulo* e o *lapso de tempo* são qualificações da posse e nem, entre ellas, Lafayette os enumera, quando trata de taes qualificações. (13).

Não é, portanto, a usucapião effeito da simples posse (14).

(10) Stuart Mill e Von Listz, citados em a nota 6 ao § 1.

(11) *Op. cit.* § 353, pags. 544: «E' concesso al possessore de buona fede de far suoi i frutti del fundo posseduto.

Questo non è effeto del possesso; per chè il possesso non è la ragione principalmente considerata per indurre questo modo di acquistare il dominio. E quale è codesta ragione? La bona fide».

(12) *Op. cit.* § 4, pags. 18.

(13) Vide *op. cit.* § 8 n. 5 pags. 26 e 27.

(14) Assim o pensam Maynz, *op. cit.*, § 80, nota 8, pags 631; Van-Wetter, *op. cit.* 145, n. 2, pags. 295 e 296; Cornil, *op. cit.* § 1º, nota 3, pag. 3; Pacifici Mazzoni, *op. cit.*, vol. 3º, n. 21 pags. 34; Dalmau, *op. cit.*, n. 149, pags. 179; Randa, Buchta, Backing. Brintz, Kieruff, Sintenis e Mescheider, *apud* Dalmau, nota 16, pag. 179

«Les effets juridiques de la possession sont l'usucapion et les interdits (§ 2); mais quant á l'usucapion ce n'est pas la possession seule qui la produit, il faut á celle-ci, dès le principe, d'autres conditions encore; les interdits, au contraire, n'exigent absolument que l'existence de la possession, le trouble dont elle serait l'objet autorise toujours á les invoquer (§ 7, n. 3)». Savigny, *Traité de la Possession*, cit., § 12, pag. 162.

Entretanto, o Codigó do Uruguay, art. 624, n. 5, enumera a usucapião entre os effeitos da posse.

§ 3º

A PROPRIEDADE QUE SE DERIVA DA TRADIÇÃO E DA OCCUPAÇÃO

1. Apesar da licção de eminentes civilistas (1), a propriedade resultante da tradição e da occupação não é effeito da posse:

a) porque ambas começam a existir no mesmo momento em que se faz a tradição ou se realiza a occupação (2);

b) porque não é só a posse, *per se*, ou mesmo por sua duração, que produz a propriedade, mas essa posse adquirida *a domino* ou exercida sobre uma *res nullius*, de sorte que se não adquire dominio algum, si a tradição é feita *a non domino* ou si a coisa occupada pertence a terceiro. (3).

Nesses dois casos, pois, a propriedade não resulta da posse; mas, no primeiro, da vontade do *tradens* de transferir sua propriedade ao adquirente, e, no segundo, do principio juridico — *res nullius occupanti conceditur* (4).

Windscheid considera juridica esta resposta; revida, porém, que nem por isso deixa de ser a posse o que produz a propriedade, embora aquella se ache unida a alguma outra coisa, exactamente como se dá com a usucapião (5).

O revide é, não ha duvida, cabal, mas só para os que, como Savigny e os que o seguem, admittem a usucapião como effeito da posse.

2. Apesar, porém, de não reconhecemos similhante effeito, façamos a seguinte observação, que é muito importante:

Como, na tradição e na occupação, em um só e mesmo acto acquisitivo, se confundem a acquisição da posse e a da proprie-

(1) Windscheid, *op. cit.*; § 148, n. 3, pags. 36; Exner e Pachman, *apud Dalmau, op. cit.*, nota 20, ao n. 151, pags. 180; Planiol, *op. cit.*, tomo 1.º, n. 899, pags. 338; *Pandectes Françaises*, tomo 45, n. 1.176, pags. 520.

(2) Savigny, *op. cit.*, § 3º, n. 1, pags. 14.

(3) *Ibidem*; Lafayette, *op. cit.*, § 4º, nota 1, pags. 17.

(4) Ruggieri, *op. cit.*, § 338., pags. 517; Dalmau, *op. cit.*, n. 151, pags. 180 e 181.

(5) *Op. cit.*, § 149, nota 9, pags. 36 e 37.

dade, dahi resulta, como regra, que—todas as disposições legaes, relativas á fórma da occupação e da tradição, podem ser aproveitadas, como fontes, em relação á posse, mesmo que esta não seja expressamente mencionada (6).

§ 4.º

A PUBLICIANA

1. Não tem razão também os escriptores que consideram a acção Publiciana como effeito da posse (1); porque a ella não dá direito toda a posse, mas sómente a que, sendo de boa fé, recahe sobre cousa prescriptivel e se assenta em titulo justo, e proprio, em these, para transferir a propriedade.

Nessas condições, admittiu o pretor Publicio, por uma ficção, já se achar consumado o tempo necessario para a prescripção acquisitiva do objecto e concedeu uma acção real para sua defesa (2): é, pois, esta acção evidentemente effeito, não da posse, mas da propriedade ficta, presumida ou putativa, como lhe chamam (3).

2. Eis porque, como o diz Savigny, já, no direito antigo, esta acção se assemelhava muito á reivindicação propriamente dita e, no direito novo, cada vez della mais se approxima.

Trata-se, portanto, não de simples posse, mas de alguma cousa semelhante á acquisição simultanea da posse e da propriedade por meio da tradição e da occupação, como vimos no paragrapho anterior.

(6) Savigny, *op. cit.*, § 3º, pags. 14.

(1) Molitor, *op. cit.*, n. 9 pags. 20; Muhlebruch, *ibi*, nota 1, pags. 21; Troplong *De la Prescription*, vol. 1º, n. 230, pags. 370.

(2) Vide Mainz, *op. cit.*, vol. 1º, n. 230, pags. 370.

(3) Digamos com Ruggieri que «la storia della publiciana conferma il nostro assunto, e dichiara insieme qual sia la sua vera causa. L'origine sua fu per difendere colui, che avesse comperato e a cui fosse stata semplicemente consegnato una cosa del padrone. Non essendo questo modo di acquistare il dominio *ex jure quiritum*, egli re mancava, e solo aveva *in bonis*. Perciò esposto alla revindica del padrone stesso da cui aveva ricevuto, e destituito d'ogni azione per caso che perdesse la cosa. Al primo, iniquissimo, fu provveduto colla *exceptio rei venditæ et traditæ*. Al secondo, iniquo, pur esso mentre per equità deve piuttosto godere chi ha *in bonis* che chi non ha alcuna ragionevole causa, fu provveduto colla publiciana.» (*Op. cit.*, § 348, pags. 536 e 537).

3. Assim, toda a posse, apta para produzir a usucapião, póde ser considerada sob dous pontos de vista:

a) em razão da propriedade que della resultará, mas só mais tarde, e é, então, simples posse:

b) em razão da Publiciana, a que se acha, desde logo, unida a dicta usucapião, e, então, já é tida como verdadeira propriedade e nesse character é que é encarada pela maioria dos jurisconsultos, quando a examinam em suas relações com tal acção (4).

4. Não é, portanto, acceitavel a opinião de Savigny, quando diz que não haveria inconveniente pratico em considerar a especie de propriedade, garantida pela Publiciana, um effeito da posse, como a usucapião (5), mesmo porque esta o não é, segundo o demonstrámos.

§ 5º

A DEFESA DA POSSE PELA FORÇA

1. E' igualmente inacceitavel, apesar de consagrada em alguns codigos (1), a opinião dos que collocam, entre os effeitos da posse, a defesa da mesma pela força (2); porquanto o simples detentor tem a mesma faculdade.

2. E' o exercicio do direito de legitima defesa, que abrange, não só a pessoa, mas todos os seus direitos (3), entre os quaes está a posse (4), como o demonstraremos.

(4) Savigny, *op. cit.*, § 3º, n. 2, pags. 15.

(5) *Ibidem*.

(1) Cod. Civil Austriaco, § 344; Cod. Civil Allemão, art. 859.

(2) Melitor, *op. cit.*, n. 9, pags. 24.

(3) Cod. Liv. 8º, Tit. 4º, Lei 1ª: «Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet»; Cod. Penal, art. 32, § 2º, 2ª alinea: «A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende *todos os direitos que podem ser lesados*».

(4) Savigny, *op. cit.*, § 3º, n. 5, pag. 18; Lafayette, *op. cit.*, § 3º, nota 3, n. 2, pags. 15 e § 4º, nota 1, n. 2º, pags. 17; Ruggieri, *op. cit.* § 338, pags. 518.

Ella não é mais que uma occasião para o uso daquelle direito, como o seria a propriedade; não é, porém, o seu principio, que assenta na personalidade humana (5).

§ 6º

A ISENÇÃO DO ONUS DA PROVA

1. Nas acções petitorias, si o auctor não provar seu dominio, vencerá o possuidor embora não tenha tambem provado que a coisa lhe pertencesse.

Desse principio, que as Institutas consideram um *commo-dum possidendi* (1), concluem muitos que a isenção do onus da prova é um effeio da posse (2).

2. A questão não tem só interesse theorico, e, ao contrario, é de grande importancia pratica; porque, si for um effeio da posse, dessa isenção só gozará o verdadeiro possuidor e não o mero detentor e, portanto, contra este nunca poderão ser intentadas acções petitorias, visto que, na qualidade de reo, poderá sempre invocar a dita isenção (3).

3. Não é, porém, um effeito da posse, mas uma applicação do principio geral da prova—*semper necessitas probandi iucumbit illi qui agit*, que aproveita ao réo, mesmo nas acções pessoas (4).

Tanto é isso verdade, que do mesmo direito goza quando réo, o mero detentor, contra o qual pôde ser proposta a acção de reivindicação (5).

(5) Dalmau, *op. cit.*, n. 145, pags. 175; *Code Civil Allemand*, traduzido e annotado por Bunfoir, Saleilles e outros, vol. 2º, nota 1, ao art. 859, pags. 446 e 447.

(1) Inst. Liv. 4º, Tit. 15, § 4º: «*Commodum autem possidendi in eo est quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitem judicari solet.*»

(2) Garsonnet, *op. cit.*, vol. 1º, § CXXX, pags. 538; Troplong, *op. cit.*, n. 229, pags. 369 e 370; Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *op. cit.*, n. 237, 2º pags. 139; Molitor, *op. cit.*, n. 9, pags. 24 e 25; *Pandectes Françaises*, tomo 45, ns. 1.170, 1.172, e 1.173, pags. 520; A. Carpentier, *op. cit.*, vol. 30, n. 74, pags. 851.

(3) Savigny, *op. cit.*, § 3., n. 4, pag. 17.

(4) Dig., Liv. 22, Tit. 3., frag. 21.

(5) Dig., Liv. 6., Tit. 1., frg. 9.

E, ao inverso, não goza o proprio possuidor, desde que seja o auctor, quer na reivindicação (6), quer na Publiciana, quer nos interdictos possessorios e quasi-possessorios (7).

Tracta-se, pois, segundo o dissemos, de uma applicação do principio geral da prova, como incoherentemente o reconhecem alguns dos civilistas, cuja opinião combatemos (8).

§ 7º

A FRUCTUUM PERCEPTIO

1. De accordo com o axioma—*fructus rei frugiferæ pars est*—, ao proprietario de uma cousa pertencem os fructos por ella produzidos.

A essa regra faz o direito uma excepção a favor do possuidor de boa fé e com justo titulo, o qual faz seus os fructos percebidos (1).

2. A maior parte dos auctores e algumas legislações consideram essa excepção como um dos mais importantes effeitos da posse (2).

(6) O direito romano concedia a acção de reivindicação ao *justus possessor* contra o *injustus*: «Sane, uno caso, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut ex latioribus Digestorum libris opportunius apparebit» (Inst., Liv. 4.º, Tit. 6.º, § 2.º); Ruggieri, *op. cit.*, § 164, pags. 229 e 230 e § 339, pags. 518 e 519

O Codigo do Uruguay ainda consagra esta acção no art. 624, «La posesion da diferentes derechos al que la tiene.

N. 6.º Perdida la posesion, puede usar de la accion reivindicatoria, aunque no sea dueño, contra el que posea la cosa con titulo inferior al suyo».

(7) Ruggieri, *op. cit.* §§ 339 a 347 pags. 519 a 535; Dalmau *op. cit.*, ns. 146 e 147, pags. 176 e 177; Van-Wetter, *op. cit.*, vol. 1.º, § 145, pags. 295 e 296; Dalloz, *Repertoire*, vol. 36, n. 263, pag. 126; *Pandectes Belges*, tomo V, I, I n. 1 325, pag. 1.219.

(8) Troplong, *op. cit.* n. 229, pags. 369 e 370 combinado com o n. 231, pags. 370, e 371; Garsonnet, *op. cit.* § CXXX, pag 538, combinado com a nota 11, á mesma pagina; A Carpentier, *Repertoire cit.* n. 74, pag. 851.

(1) Dig., Liv. 22, Tit. 1.º, frg. 25, § 1.º, e frg. 28; Ords. do Liv. 3.º, Tit. 86, § 4.º; *verbis*: «E em caso que o comprador de taes bens os torne, não tornará as novidades que delles tiver recebidas»; Savigny, *op. cit.*, §§ 3.º e 22 A, pags. 16 e 246 a 252; Lafayette, *op. cit.*, § 56, pags. 159 a 161.

(2) Molitor, *op. cit.*, n. 9, pag. 20; Troplong, *op. cit.*, n. 228, pags. 368 e 369; Planiol, *op. cit.*, n. 899, n. 4, pag. 338; Baudry Lacantinerie et A Tossier, *op. cit.*, n. 237, 1.º; pag. 139; *Pandectes Françaises*, tomo 45, n. 1.178, pag. 520; Cod. Civil Hespanhol; art. 450; Hollandez, art. 605, n. 2; Uruguayo, art. 624 n. 4; Nossó Projecto de Codigo Civil art. 517.

3. Não é, porém, uma resultante da simples posse, mas da de boa fé e com justo titulo, como se disse supra, sendo portanto, effeito do direito que se deriva da acção Publiciana, combinado com o principio geral da accessão (3).

4. Não foi por causa da posse que se concedeu essa prerogativa ao possuidor, mas para proteger-lhe a boa fé e, como o diz Justiniano, recompensal-o do trabalho que teve com a guarda e cultivo da coisa (4).

§ 8.º

O JUS RETENTIONIS

1. Não podemos, em regra, por auctoridade propria, reter uma coisa, pertencente a outrem, ou uma coisa propria que sejamos obrigados a lhe entregar, sob o pretexto de que elle nos é devedor (1).

Em certos casos, porém, quando ha connexidade entre a coisa e o debito (*propter debitum cum re conjunctum*), como na hypothese de bemfeitorias ou de despesas feitas com a dicta coisa, temos o direito de fazel-o, até sermos pago pelo proprietario ou pelo credor da mesma, desde que nosso poder sobre ella não tenha começado de um modo injusto (2): é o que se chama—*jus retentionis* (3).

(3) Savigny, *op. cit.* § 3.º, n. 3. pag. 16; Lafayette, *op. cit.* § 4.º, nota 1, 1.º, pag. 16, Ruggieri, *op. cit.* §§ 353 a 367, onde trata exhaustivamente da questão.

(4) Inst. Liv. 2.º, Tit. 1.º, § 35: «Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura»

«L'acquisition des fruits par la possession diffère absolument de l'acquisition de la propriété, et est une compensation des soins donnés à la chose possédée.» *Pandectes Françaises*, tomo 45, n. 1.230, pags. 522 e 523).

Dos codigos citados em nota (2) supra, só o hollandez é que dá esse direito mesmo ao possuidor de má fé, mas com a obrigação de restituir a quem de direito, o que equivale a conferir um direito, que não é direito, mas obrigação: «Art. 695 La possession de mauvaise foi donne, sur la chose, à celui qui la possède, le droit...:

2) D'en percevoir les fruits, mais à charge de les restituer à qui de droit.

(1) Cod., Liv. 4.º, Tit. 23, Lei 4.º.

(2) Dig., Liv. 10., Tit. 3.º, frag. 14, § 1.º; Liv. 13.º, Tit 7º, frag. 8.º, pr.; Ords., Liv. 4.º, Tit. 54, § 1.º.

(3) Serafini, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 1.º, §32, pag. 158; Maynz, *op. cit.*, vol. 1.º, § 40, pag. 482.

2. Será um effeito da posse?

Affirmam-n'o alguns civilistas (4), mas sem razão alguma; porquanto esse direito tem, *como fundamento*, não a posse, mas a equidade, a qual não permite que alugem se locuplete illicitamente á custa de outrem (5), e, *como meio para se fazer valer*, não os interdictos possessorios, mas a *exceptio doli* (6)

3. Eis porque é titular desse direito, não só quem possue, mas tambem quem apenas detém a cousa, e, mesmo no direito obrigacional, qualquer devedor póde reter a propria prestação até que o credor faça alguma a que se tenha obrigado (7).

§ 9º

A PRESUMÇÃO DE PROPRIEDADE

1. A maioria dos civilistas (1) e algumas legislações (2) consideram, como effeito da posse, a presumpção de propriedade, que muitos affirmam ser o unico por ella produzido (3).

2. O fundamento que, em geral, apresentam é que nas acções petitorias, si o auctor nada provar, será o possuidor

(4) Thibaut, *Pandectes*, § 511; Hufeland, *Von Besitz*, pag. 34. citados por Savigny, *op. cit.*, nota 2 ao § 3.º, pag. 19; Molitor *op. cit.* n. 9, pag. 25; Garsonnet, *op. cit.*, § CXXX, pag. 538.

(5) Dig., Liv. 50, Tit. 17, frag. 206.: *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento locupletiores fieri.*

(6) Savigny, *op. cit.*, § 3.º, pag. 19; Lafayette, *op. cit.* § 3.º, nota 3, n. 2.º, pag. 15.

(7) Dalmau, *op. cit.*, n. 150, pag. 180.

(1) Pothier, *Oeuvres*, vol. 1.º, n. 40, pag. 737.; Merlin, *Répertoire*, vol. 23, verb. *possession*, § 5.º, pag. 478; P. Mazzoni, *op. cit.*, vol. 3.º, cap. 3, ns. 21 e 22, pags. 33 e 35; Aubry, et Rau, *op. cit.*, tomo 2.º, § 182, pags. 139 e 140; Troplong, *op. cit.*, vol. 1.º, pag. n. 225, pag. 365; *Pandectes Françaises*, tomo 45, n. 1.171, pag. 520; A. Carpentier, *Répertoire*, *cit.*, vol. 30, n. 73, pag. 851; Lobão, *Interdictos*, cap. 1.º, § 5.º, n. 9, pag. 9; Lafayette, *op. cit.*, § 4.º, letra c), pag. 17; Trigo de Loureiro, *Direito Civil*, vol. 1.º, § 219, pag. 230; Macedo Soares, *Terras*, n. 92, pag., 53, citando, em a nota 5, a torrente dos nossos reinícolas.

(2) Codigos Civis: Portuguez, art. 477; Argentino, art. 2.412,—mas só quanto aos moveis; Uruguayo, art. 624, n. 1; Mexicano, e Peruviano, apud Raoul de la Grasserie, *Cod. Civ. Mexic* pag. 79, *Cod. Civ. Peruv.* pag. 110; Ante-Projecto do Codigo Civil Suisso, art. 972, tambem como o Argentino, só quanto aos moveis.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 182, 139 e 140; Pacifici Mazzoni, *op. cit.*, n. 231, pags. 370 e 371; A. Carpentier, *Répertoire cit.*, vol. 3.º n. 73, pag. 851.

absolvido do pedido, embora não tenha também apresentado prova alguma do seu dominio, o que só se póde explicar, concluem, pela presumpção legal de propriedade, que milita a seu favor (4).

Outros firmam-se em textos do direito romano, dizendo que, segundo os mesmos, *possessor præsumitur dominus* (5).

§ Ambas essas razões são inaceitaveis: a primeira, porque, como já o mostrámos no § 6.º, a absolvição do possuidor não é devido á posse mas á sua posição de reu, em virtude da qual se lhe applica o principio geral da prova—*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*; a segunda, porque não ha texto algum do direito romano, estabelecendo tal presumpção: os textos citados por alguns escriptores apenas consi-gnam o principio geral, *supra transcripto* (6).

Ora, sendo as presumpções uma excepção a esse principio, não podem ser admittidas, si a lei não as estabelecer expressamente (7).

4. Accresce que, si essa presumpção existisse, seria ou *juris tantum* ou *juris et de jure*: no primeiro caso, dever-se-ia admittir a prova em contrario, isto é, a *exceptio vitiosæ posses-*

(4) Troplong, *op cit.*, n. 226, pags. 365 a 367; Vide Savigny, *op. cit.*, § 6.º, pag 38; Dalloz, *Répertoire* vol. 36, n. 263; *Pandectes Belges*, tomo 5.º, II, n. 1.326, pag. 1.219.

(5) Lobão e Macedo Soares, citados em a nota (1) supra.

(6) Lobão, citada Cod., Liv. 7.º, Tit. 39, Lei 8.ª, § 1.º, que não fala explicita e nem implicitamente em semelhante presumpção; Macedo Soares cita :

a) as Instit., Liv. 4.º, Tit. 15, § 4.º, que apenas estabelecem a isenção do onus da prova, como o mostramos no § 6.º, n. 1;

b) o Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 1.º, § 1.º, e o Cod., Liv. 11, Tit. 47, Lei n. 20, princ., que não têm relação alguma com o effeito de que se trata.

c) o Cod., Liv. 3.º, Tit. 32, Lei n. 28, que também só consigna a isenção do onus da prova: *Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur*;

d) o Cod., *De probationibus*, Leis 2 e 16.

Ha, evidentemente, erro typographico, porque oCodigo não tem titulo algum com a epigraphe *De probationibus*, devendo ser o Dig., Liv. 22, Tit. 3.º.

Ora, a Lei 2.ª só fala da isenção do onus da prova a favor de quem *nega*: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* e a Lei n. 16 trata de questão completamente differente: «*Etiam matris professio filiorum recipitur; sed et avi recipienda est*».

(7) Giorg, *Obbligazioni*, vol. 1.º, n. 421, pag. 562. João Monteiro, *Processo Civil*, vol. 2.º, § 176, pag. 316.

sionis ex persona tertii, o que o direito romano proíbe (8); no segundo, não se deveria permittir essa *exceptio ab adversario*, como o admite o mesmo direito (9).

5. Mais ainda: semelhante presumpção não se concilia:

a) com a *malæ fidei possessio*, como a do ladrão e do salteador, que é verdadeira posse e dá direito aos interdictos (10);

b) com o facto de se não conceder ao possuidor, para a defesa de sua posse anterior, uma *actio in rem* contra terceiros, mas só uma *actio in personam*, contra o auctor da violencia (11).

c) com a posse concedida ao emphiteuta, ao credor pignoratício, ao *precario rogans* e ao *sequester*, os quaes não têm propriedade alguma, como consta dos proprios titulos em que se baseam as respectivas posses (12).

6. Só em um caso é que o direito romano admite essa presumpção e *juris et de jure* — quando a posse é protegida pela *Publiciana*, da qual, pois, é que é effeito semelhante presumpção (13).

7. No direito francez, ella existe, e tambem *juris et de jure*, mas sómente em relação ás cousas moveis, a cujo respeito vigora o principio—*en fait de meubles possession vaut titre* (14).

(8) Dig., Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 53: «Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet»; Liv. 43, Tit. 17, frg. 1.º, § 9.º, : Quod ait pretor in interdicto, *nec vi, nec clam nec precario, alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc quod ab eo possideat, vincere: has enim possessiones non debere proficere palam est».*

Vide ainda Liv. 43, Tit. 17, frag. 2.º, e Tit. 26, frg. 17.

(9) Vide textos supra; Savigny, *op. cit.*, § 6.º, pag. 38, e *Supplemento*, n. 3, pag. 512; Dalmau, *op. cit.*, n. 202, pag. 228.

(10) Inst., Liv. 4.º, Tit. 15, § 6.º, *verbis*: licet is ab eo qui *dejecit vi, vel clam, vel precario possideat*; Vide textos citados em a nota (8) supra.

(11) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frag. 1.º §§ 12, a 15 e frag. 3.º, §§ 10 a 12; Jhering, *Fondements des Interdicts. Possessoires*, pag. 25.

(12) Giulio Capone, no *Archivio Giuridico*, vol. 50, pag. 16.

(13) Vide § 4.º

(14) Cod. Civil, art. 2.279. Este principio, como diz Lafayette, é peculiar ao direito francez, constituindo-lhe uma singularidade notavel (*op. cit.*, § 67, nota 1, pag. 180) e gravissima, visto que considera a posse, independente de justo titulo, como modo de aquisição. (Esquirou de Parieu citado por Buonamici, no *Archivio Giuridico*, vol. 9.º, pag. 403 e nota (4).

Em algumas outras legislações, só existe a presumpção *juris* (15).

§ 10

CONCLUSÃO

1. Fica assim demonstrada nossa these: os interdictos são um effeito da posse e o unico por ella produzido.

2. E, resumindo o conteúdo dos paragraphos anteriores, diremos que o possuidor tem varios direitos, que se originam de causas differentes:

- a) os interdictos, — *da posse*;
- b) a usucapião — *della e de outras condições* de que a mesma se deve revestir;
- c) a propriedade, nos casos da tradição e da occupação, — *da vontade do anterior proprietario e do principio res nullius occupanti conceditur*.
- d) a Publiciana, — *da propriedade putativa*, si sua posse reunir as condições necessarias á usucapião, excepto o lapso de tempo;
- e) defender, pela força, a posse, — *da legitima defesa*;
- f) a isenção do onus da prova, — *de sua posição de reu no litigio*;
- g) a *fructuum perceptio*, — *da posse e de duas outras condições* —boa fé e justo titulo:
- h) o *jus retentionis* — *da equidade*, que não permite o enriquecimento illicito;
- i) a presumpção *juris et de jure* de propriedade, — *da acção Publiciana*, nos casos em que esta é concedida.

(15) Vide nota (2) supra.