

CAPITULO V

Classificação do direito da posse e sua collocação no quadro geral do direito civil

§ 1º

CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO DA POSSE

1. — A que classe de direitos pertence a posse?

Antes de responder a esta pergunta, cumpre observar que tal questão não tem razão de ser, desde que só se considere a posse como um dos elementos da usucapião; porque, neste caso, aquella estará para esta, como para a aquisição da propriedade está a *justa causa*, sem a qual a tradição não opera a transferencia da mesma propriedade.

Ora, ninguém, certo, perguntará a que classe de direitos pertence a *justa causa*, por não ser ella um direito, mas, apenas, um dos requisitos do acto acquisitivo da propriedade.

Não diverge, é intuitivo, a situação da posse, si somente considerada uma das condições da usucapião.

A pergunta, pois, só se refere á posse como causa efficiente dos interdictos possessorios (1), a qual, como já o demonstramos, é um direito (2).

2. — Não é esta questão menos controvertida que as anteriores.

(1) Savigny, *Possession*, § 6.º, pags. 29 e 30.

(2) *Vide* cap. 3.º deste *Ensaio*.

Assim é que alguns civilistas consideram a posse um direito pessoal (3); outros um direito real (4); outros, ainda um direito ao mesmo tempo pessoal e real (5); outros, finalmente, um direito que não é nem pessoal e nem real (6).

A verdade jurídica está com a segunda opinião, como vamos demonstrar, refutando, antes, a primeira e ficando, *ipso facto*, refutadas as outras.

3.— Os que affirmam ser a posse um direito pessoal, baseam-se no seguinte raciocínio:

Ella tem como fundamento de sua protecção jurídica, a interdicção de uma violencia contra a pessoa do possuidor: assim, pois, o direito que este tem de invocar os interdictos possessorios, resulta de uma obrigação *ex-delicto*—a violencia que lhe fez o turbador ou esbulhador. E são pessoas, como é corrente, os direitos resultantes de obrigações.

E' verdade que, em direito romano, os interdictos possessorios não estão classificados entre as obrigações *ex-delicto aut maleficio*; porquanto os dois institutos se acham em logares diferentes, quer nas *Institutas*, quer no *Digesto*. (7)

(3) Savigny (*op. cit.*, § 6.º, pags. 29 a 41); Rudorff (*ibidem*, Suplemento; pags. 598 e 599); Van-Wetter (*op. cit.*, § 141, pags. 295); Wodon (*op. cit.*, vol. 1.º, ns. 52 a 54 pags. 73 a 78); Hasse (*apud* Savigny, *op. cit.*, pag. 48); Pothier (*Introduction Générale aux Coutumes*, n. 118, pags. 43 e 44, Garsennet (*op. cit.*, § CXXX e e CXXXI, pags. 541 a 552). As *Pandectas Belgas* consideram a posse um direito pessoal mas que tem *a caracter de um direito immovel ou real* (Tomo 5.º, II. n. 13 bis, pags. 731)—verdadeira *contradictio in adjecto*.

(4) Baldus, Alciatus, Grotius, Arndts, Appleton, Tolomei, Pescatore e muitos outros, citados por Dalmau (*op. cit.*, § IV, pags. 133 e 134); Gans, Thadeu, Zienelachi, Stahl e Beauvois (*apud* Savigny, *op. cit.*, pags. 42 e 46 e 590 a 591); Jhering (*Esprit du Droit Romain*, vol. IV, pags. 350); Troplong, que diz ser esta a opinião predominante na jurisprudencia franceza e que é a compartilhada por Blondeau, Poncet e Duranton (*De La Prescription*, tomo 1.º, n. 234, pags. 376 e n. 233, pags. 384 a 386); Marcadé (*apud* Baudry)—Lacantinerie et A. Tissier, *op. cit.*, n. 203 e nota 2. pags. 122) e Galdi (*op. cit.*, vol 5.º, n. 521, pags. 222).

(5) Molitor (*op. cit.*, vol. 4.º, pags. 25 a 31) e outros citados por Dalmau (*op. cit.*, n. 123, pags. 112 a 141).

(6) Huberus, *Institutas, de interdictis*, pags. 449, em que conclue: «*Possessio igitur vel jus possessionis NEQUE IN RE, NEQUE PLANE AD REM EST*») Heineccius, Vinnius, Kuntze e outros (*apud* Dalmau, *op. cit.*, n. 121, pags. 139 e 140).

(7) As obrigações *ex delicto aut maleficio* acham-se nas *Institutas*, liv. 4.º, tits. 1.º a 4.º e no *Digesto*, liv. 47, ao passo que os interdictos possessorios se encontram nas *Institutas*, liv. 4.º, tit. 15, e no *Digesto*, liv. 43.

A razão, porém, é que a classificação dos romanos se baseia em razões tiradas exclusivamente de seu processo: elles só collocaram sob a rubrica das obrigações, as que produziam uma *actio* propriamente dita—donde a rubrica—*De obligationibus et actionibus*. (8)

Si o pretor tivesse protegido a posse, não com interdictos, mas com acções, estas teriam figurado entre as *actiones ex maleficiis* e, entretanto, não se teria mudado a natureza do direito.

Ora, desde que esta distincção dos romanos entre acções propriamente ditas e interdictos não tem mais razão de ser, não devemos hesitar em collocar os interdictos possessorios entre as obrigações *ex-delicto*, conformando-nos, assim, com os principios do proprio direito romano.

Os interdictos possessorios pertencem, pois, á theoria das obrigações e a posse ahí figura como a causa efficiente desses interdictos.

Eis porque, concluem, nos diz Ulpiano, com razão, que — «*Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*». (9)

4.— Esta razão não procede, por se firmar unicamente na interdicção da violencia como fundamento da protecção possessoria, o que já demonstramos ser completamente falso. (10)

De serem pessoas em direito romano os interdictos possessorios, não se segue que a posse por elles protegida seja um direito pessoal; porquanto aos direitos reaes tambem podem corresponder algumas vezes acções pessoas:—é assim que a propriedade, direito real por excellencia, é protegida pelas acções noxae e furtivas que são pessoas. (11)

(8) Dig., Liv. 44, Tit. 7.º.

(9) Dig., Liv. 43, Tit. 1.º, frg. 1.º § 3.º. Vide Savigny, (*op. cit.*, § 6.º, pags. 29 e 30) T. de Freitas, (*Consolidação*, Introducção, pags. 158 a 164).

(10) Vide cap. IV, § 2.º.

(11) Dalmau, *op. cit.*, § IV, n. 131, pag. 150; Muhlebruck *op. cit.*, § 233, pag. 223. Falando da opinião de Savigny, eis o que diz Gans: «La relation entre la possession et la matière des delits est tellement comique dans ses résultats, qu'on s'exposerait à devenir comique soi-même, si on voudrait l'analyser et la refuter. Une si excellente plaisanterie ne doit pas être expliquée» *Apud Savigny, Supplement*, pags. 587.

5.— Os adeptos da terceira opinião argumentam do seguinte modo :

A posse não é um direito puramente pessoal, porque, embora por ella seja uma coisa immediatamente submittida ao possuidor, todavia não pode este fazer valer o direito dahi resultante contra qualquer terceira pessoa, a quem o esbulhador tenha transmittido a dita coisa, mas só contra o mesmo esbulhador (12)

Não é tambem um direito puramente pessoal por não presuppor uma pessoa determinada que seja obrigada a dar ou entregar a coisa ao possuidor : não é assim, um direito mediato sobre a coisa ; mas, ao contrario, um direito immediato.

Ella não é, portanto, um direito puramente real, nem puramente pessoal, mas participa da natureza de ambos.

Pode-se, pois, chamar-lhe um direito *real-pessoal* ; *real*, porque o direito sobre a coisa é directo e immediato ; *pessoal*, porque o possuidor somente pode intentar os interdictos contra o auctor do esbulho e não contra terceiros a quem elle tenha transferido a coisa. (13)

6.— Como se vê, estes civilistas negam que a posse seja um direito puramente real, por não poderem os interdictos possessorios, em direito romano, ser intentados contra qualquer terceiro a quem o esbulhador tenha transmittido a coisa, mas só contra o mesmo.

Ora, como o mostramos supra, a direitos reaes tambem podem corresponder acções meramente pessoaes.

Accresce que no *uso moderno* do direito romano, os interdictos podem ser intentados contra qualquer terceiro, como pouco abaixo o mostraremos.

 7.— Qualquer que seja a definição de direito real que adoptemos é incontestavel que a posse é um direito real.

Com effeito, si por elle entendermos, com alguns civilistas, aquelle a que só corresponde uma obrigação geral negati-

(12) Dig., Liv. 43, Tit. 16, frg. 1.º, § 3.º.

(13) Molitor, *op. cit*, pags. 25 a 31.

va (14), a posse será um direito real, porque lhe não corresponde obrigação alguma especial positiva, visto que nenhuma pessoa determinada se acha constituida na necessidade jurídica de dar, fazer ou prestar alguma coisa ao possuidor, e, ao inverso, todos, em geral, é que são obrigados a respeitá-lo no gozo em que se acha da coisa, objecto de sua posse, a não turbá-lo no uso dessa coisa ou a não esbulhá-lo desse uso.

Si, porém, de accordo com a generalidade da doutrina, considerarmos como direito real aquelle que, além de só lhe corresponder uma obrigação geral-negativa, recae sobre uma coisa, como o de propriedade e seus desmembramentos (15), a posse não é mais que o conjuncto dos differentes desmembramentos da propriedade, ou dos diversos *jura in re* (16).

Si, finalmente, de accordo com outros, caracterizarmos o direito real pela acção *in rem* que sempre produz (17), ainda assim a posse será um direito real por poder a acção de es-

(14) Ortolan, *Législation Romaine*, vol. 1.^o, segunda parte, tit. 1.^o cap. I, ns. 187 a 195 pags. 636 a 640; Planiol, *Droit Civil*, vol. 1.^o, n. 728, pags. 280 e 281.

(15) Savigny, *Droit Romain*, vol. 1.^o, § 56, nota f. pags. 363; Marezoll, *Droit Privé des Romains*, § 43, pags. 147; Giorgi, *Obbligazioni*, vol. 1.^o, n. 3, pags. 2 a 4; Boistel, Roguin e muitos outros juristas (apud Planiol, *op. cit.*, n. 728, pags. 28.); Lafayette, *Direito das Coisas*, vol. 1.^o, § 1.^o, n. 1, letra c, pags. 2.

(16) Savigny, *Possession*, § 12, pags. 161 e 165; Koepe, *ibi Supplemento*, pags. 587; Maynz *op. cit.*, § 82, pags. 638; Lafayette, *op. cit.*, § 16, n. 1, pags. 49 e 50.

(17) T. de Freitas, *op. cit. Introdução*, pags. LXXXIX e XC. Não podemos caracterizar os direitos reais pelas acções reais que os protegem como o faz Teixeira de Freitas:

a) porque a direitos reais podem corresponder, algumas vezes, acções meramente pessoais, como o mostramos supra, em o n. 4;

b) porque a generalidade da doutrina, com a qual se acha de accordo o proprio Teixeira de Freitas, caracteriza as acções pessoais e reais *pelos direitos pessoais e reais* que ellas protegem, de sorte que a caracterização do eminente jurista redundaria em verdadeiro circulo vicioso.

Já assim Gaio as caracterizava: «In personam actio est quoties cum aliquo agimus, qui nobis obligatus est; in rem actio est quum, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere». (*Commentarios*, vol. IV, §§ 2.^o e 3.^o).

Como o mostra Garsonnet, a palavra *jus*, empregada no texto, significa um *direito real*, um *jus in re*, sendo nessa accepção que o proprio Gaio emprega, algumas vezes, a palavra *jus* (*Vide op. cit.*, vol. 1.^o, nota 3, ao § CXXIV, pag. 505, onde vem a comprovação desse asserto).

«D'après leur fondement, diz Mackeldey, les actions se divisent en actions réelles, personnelles et mixtes (actiones in rem, in personam, mixta):

«Les actions réelles, dans le sens large, sont celles qui dérivent d'un droit absolu; elles peuvent donc être intentées contre quiconque lèse ou conteste les droits du demandeur». (*Manuel du Droit Romain*, § 204, pag. 107).

bulho ser intentada contra qualquer terceiro que, contra a vontade do possuidor, detenha a coisa em seu poder. De facto, embora pelo direito romano o possuidor só pudesse intentar o *unde vi* contra quem o tivesse esbulhado da posse e não contra um terceiro a quem elle tivesse transferido a coisa (18), todavia, este principio não foi acceito pelo *uso moderno*, que destendeu a noção da *vis*, de modo a abranger toda a acção sobre a coisa contra a vontade do possuidor, que poderá propor a acção de esbulho contra qualquer terceiro que, de encontro a essa vontade, detenha a coisa e lh'a não queira restituir.

8.—Esta ampliação da noção da *vis* começou pelo proprio direito romano (19) e, levada ás ultimas consequencias

«Puisque toute action, ensina Maynz, suppose comme conditions essentielles l'existence et la lésion d'un droit, il est evident que la principale division des actions doit etre basée sur la difference des droits qu'elles servent à garantir et à protéger. C'est en effet sur cette base que repose la grande division des Romains en *in rem actiones* et *in personam actiones*. (Op. cit., vol. 1.^o, § 50, pags 514 e 515).

E' identica a doutrina de T. de Freitas, que assim repete a lição de Correia Telles: «Acções reais são as que nascem do *JUS IN RE* e competem a quem tal *JUS* tem contra o reu, que o não quer reconhecer, possuindo a coisa sobre que recae o direito real». (Doutrina das Acções, tit. 1.^o, § 4.^o, pag. 4).

Não divergem: Paula Baptista (*Practica Civil*, §§ 8.^o e 10, pags. 13 e 14), João Monteiro (*Processo Civil*, vol. 1.^o, § 23, pags. 115), Mattiolo, (*Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. 1.^o, n. 22, pag. 22) e Garsonet (Op. cit., §§ CVI, n. 3.^o, pag. 464, CXXIII, pag. 503 e CXXIV, pag. 504).

(18) Dig., Liv. 43. Tit. 16, frg. 1.^o, § 3.^o.

(19) Vide cap. IV, § 12, ns. 2 e 3. «Le mot *vis* s'applique en général à tout fait posé contrairement à la volonté d'autrui».

«Dans l'interdit *quod vi aut clam*», il faut de plus que cette volonté ait été reellement manifestée à celui qui pose le fait, ou que ce dernier en ait lui-même empêché la manifestation».

«Mais ici, tant que le trouble n'a pas été formellement autorisé, l'opposition de la volonté du possesseur contre tout acte de ce genre git déjà dans le fait même de la possession. Il y a donc violence, au point de vue de ces interdits, dès que la libre disposition de ma chose se trouve entravée, fut-ce même seulement par une chose appartenant à mon voisin, par exemple, par un mur faisant saillie sur l'héritage limitrophe: car, quoique ce voisin n'ait pas lui-même posé ce fait, et qu'il se puisse même qu'il l'ignore, il n'en est pas moins vrai qu'il possède son édifice d'une manière qui me gêne dans l'exercice de ma possession et cela suffit ici pour constituer la violence». (Savigny, *Possession*, § 37, pags. 374 e 375).

«Quelquefois, il est vrai, l'interdit *uti possidetis* était accordé pour prévenir ou faciliter la decision des actions petitoires, des revendications de propriété.

«Mais, dans ce cas comme dans les autres, l'interdit était compris sous la même rubrique:—*vim fieri veto*».

pelos canonistas (20), foi adoptada pela doutrina (21) e pela

«Il etait donc, même en ce cas, institué pour reprimer de voies de fait imminentes. Il n'y a pas ici de voie de fait réelle ou presumée, mais il y a lieu de croire que les parties peuvent en venir aux mains; il y a possibilité de voies de fait. Cela suffisait pour que le prêteur assimilât les trois cas de violence réelle, de violence presumée et de régularisation du petitoire. Dans tous les cas, il y avait trouble ou éviction.

«Cette assimilation n'a rien d'étonnant, quand on sait qu'en droit romain le mot VIS, en matière d'interdits, avait une étendue fort large: qu'il signifiait tout ce qui pouvait se faire CONTRE LE GREU de la partie demanderesse, CONTRE SA SIMPLE OPPOSITION, NE CONSISTAIT-ELLE QU'EN PAROLES: que ea vis ne renait à disparaître que si le possesseur ne s'y opposait absolument pas, NON VENERIT AD PROHIBENDUM.» (Wodon, *op. cit.*, vol. 1^o, n. 52, pags. 74 e 75).

(20) A isso foram os canonistas levados por uma falsa interpretação do celebre C. 3. *Reditegrande*, c. 3., § 1^o (Savigny, *op. cit.*, § 50, pags. 481 a 489; Teixeira de Freitas, *Consolidação, Introdução*, pag. CLXIV; Lafayette, *op. cit.*, v. 1^o, nota 1 ao § 22, pags. 64 e 65). O que é, porém, incontestável é que, na prática, prevaleceu a doutrina dos canonistas, como o diz o proprio Bohemero, em que esses escriptores se fundam:

«Plura alia singularia ex hoc textu, ineptissima sane interpretatione, deduxerunt, quae in praxi non applausum meruerunt et ad nos quoque pervenerunt.» (*Doctr. de Action*, secç. 2.^a, cap. 4.^o, § 39, apud T. de Freitas, *op. cit.*, *Introdução*, nota 287, pag. CLXIV).

Como o mostrámos, em a nota 12, o direito romano não permitia o *unde vi* contra o terceiro possuidor, ainda mesmo que este houvesse recebido a coisa do auctor da violencia e com sciencia do esbulho.

O Papa Innocencio III, porém, entendendo que a alma do terceiro corria tanto risco, como a do esbulhador, permitiu que tambem contra elle se intentasse a acção de esbulho: «Scpe contingit quod spoliatus, per spoliatorem, in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodum possessionis amisso, propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris rigore, sancimus ut si quis de coetere scilicet rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit quoad periculum animae, injuste detinere et invadere alienum) contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.» (*Decret. Greg.*, lib. 2, tit. 13, cap. 18).

Falando desta innovação, diz Troplong:

«L'esprit du droit moderne se révèle là tout entier.» (*Op. cit.*, n. 238, pag. 386). Ella importou, com effeito, em se ampliar a negão da *vis*; pois o terceiro não praticou violencia alguma contra a pessoa do possuidor.

(21) Fundando-se em arestos da Cassação de Florença e da de Turim, diz Pacifici-Mazzoni:

«Debbono pertanto considerarsi como spoglio violento non solo i fatti che costituerebbero reati, se commessi contro i proprietari (quali, per esempio, la demolizione di edifizii, di argini, di chiuse, e la rimozioni di termini), ma eziandio tutti gli atti compiuti arbitrariamente e contro la volontà del possessore, che senza essere reati, darebbero luogo al risarcimento dei danni contro il loro autore.» (*Op. cit.*, vol. 3.^o, n. 52, pag. 78).

«La massima, afferma Puglieze, che, sebbene non pacifica ed universale, predomina nella piu recente Giurisprudenza, è la seguente: esservi violenza da reprimersi mediante l'azione di spoglio, ogniqualvolta il possessore è privato del suo possesso contro la propria volontà, anche presunta; non essere quindi necessaria un'effettiva opposizione, poichè il difetto di un preavviso dato dallo spogliatore allo spogliato fa presumere che la volontà di questo sarebbe stata contraria.» (*Op. cit.*, n. 136 bis, pags. 330 e 331, citando, em a nota 1, varios arestos das Cassações de Florença, Turim e Napoles).

legislação dos povos cultos (22), inclusive a nossa (23).

E' tambem o que ensina C. Consolo:

«L'apprensione della cosa in onta alla volontà presunta del possessore «è spoglio violento». (*Trattato del l'ossesso*, n. 313, pags. 484 e 485).

Não diverge a lição dos tratadistas francezes:

«On entend par trouble, dans le sens general de ce mot, tout fait matériel ou tout acte juridique qui, soit directement et par lui meme, soit indirectement et par voie de consequence, *constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui*. (Aubry et Rau, *op. cit.*, tom. 2.^o, § 187, n. 3.^o, pag. 231).

Depois de transcrever estas palavras de Aubry et Rau, accrescenta Garsonnet: «Cela suffit, d'ailleurs, pour qu'il y ait trouble et, par conséquent, *il importe peu que les actes du défendeur aient été violents ou non, publics ou clandestins, qu'il reconnaisse ou qu'il conteste la possession qu'il a troublée*. (*Op. cit.*, vol. 1.^o, § CXXXI bis, lettera A, pags. 356 e 357).

(22) «O possuidor tem o direito de ser mantido ou restituído á sua posse contra *qualquer* turbação ou esbulho». «O possuidor, *que é perturbado ou esbulhado*, pôde manter-se ou restituir-se por sua própria força e auctoridade, contanto que o faça em acto consecutivo, «ou recorrer á justiça para que esta o mantenha ou restitua». (Codigo Civil Portuguez, arts. 481 e 486). Não ha, como se vê, referencia alguma á *violencia*. E' tambem a doutrina consignada nas seguintes legislações: Codigo Civil Hollandez, arts. 613 e 618; Lei Belga, de 25 de março de 1876, arts. 3.^o e 4.^o; Codigo Civil Hespanhol, art. 446; Japonez, arts. 198 e 200; Allemão, arts. 861 e 862; Suisso, arts. 927 e 928; Chileno, art. 926.

(23) «E', porém, de notar que a tendencia do direito moderno é para ampliar o interdicto recuperatorio a todos os casos de perda de posse «por causa injusta, sem embargo de não ter havido emprego de violencia», *tendencia que tem prevalecido no nosso direito*. (Nota 10, abaixo). Savigny, § 50; Zachariae, § 190; Cod. Civil do Chile, art. 926; Cod. Civil da Luiziania, art. 2.418» (Lafayette, *op. cit.*, nota 1 ao § 22, pag. 65 do 1.^o volume).

«A nossa pratica admite o *Unde vi* contra qualquer terceiro que injustamente possue a coisa. Vej. Mello, 1.6, § 31, Lobão, *Interdictos*, § 202 e 209; Cfr. Cod. Civil do Chile, art. 926». *Ibidem*, nota 10 ao § 22, pag. 67).

«Aos que pacificamente possuirem alguma coisa concede-se o remedio do *interdicto recuperatorio*, si forem *injustamente* esbulhados, para que de prompto sejam restituídos á sua posse» (T. de Freitas, *Consolidação* art. 811).

«Pelo que respeita á turbação, outro e segundo requisito destes possessorios, tanto no summario, como no summarissimo, a turbação deve provar-se. Liv. 1.^o § 1.^o; Liv. 3.^o, §§ 2.^o e 3.^o, ff. «*Ut possid.* São concordes os D. D.» que a turbação, se faz por qualquer molestia ou impedimento ao livre uso «da posse». Post., *de Manut.*, Obs. 41, n. 4.^o; Menoch., *Retinend.*, Rem. 3 ao n. 467, onde refere vinte e oito modos pelos quaes a posse se turba, os quaes recopilaram Bocat., *de interdict.*, C. 11, e Pegas, *de interdict.*, C. 1, n. 9: accionada em juizo a turbação, adverte judiciosamente o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 20, n. 6, *ut ibi*:

«Neque, juxta magis communem et receptam opinionem, necessaria est «turbationis ac molestiarum positiva probatio, sed sufficit probatio possessionis; quoniam intrat clarum dilemma inevitabile: Aut collitigans dicit «se turbasse, aut non. Si dicit turbasse, ergo probatiourbationis est in «confesso. Et si negat, sibi replicari potest — quod non debet se opponere «concessioni manutentionis». (Lobão, *Interdictos*, § 182, pag. 133).

E, tratando do esbulho: «Porque só um facto, ou violento, ou *em si iniquo e doloso*, se pôde caracterizar espolio (§§ 200 e 206), si, em juizo, se nega a posse ou a demanda se sustenta pelo reu, «isto basta sem outra prova: para verificar este requisito do espolio», Pegas, 2, *Forense* C. 11, n. 208, Sylva, *ad Ordinationes*, Liv. 3.^o, Tit. 48, § 2.^o, ns. 8 e 9, Ridollin, *in Prax.*, P. 2.^o, C. 14 ns. 215 e 216». (*Ibidem*, § 211, pag. 154).

A posse é, pois, incontestavelmente, um direito real (24).

«Quanto á segunda condição, observamos que a violencia—*vis*—consiste em ser um acto praticado «em opposição á vontade de outrem, e a simples continuação da posse «revela a opposição da vontade do possuidor contra o acto perturbador della» (Ribas, *Ações Possessorias*, parte II, Tit. 1.º, Cap. 2.º, § 2.º, pag. 196).

E, falando da violencia na acção de esbulho, diz :

«Quanto á segunda condição, observaremos que não basta qualquer violencia, mas que esta deve ser tal, que torne impossivel a continuação da posse, cumprindo notar-se que o simples facto de sustentar o reu a demanda prova «este requisito»; salvo si contestou por negação ou si a demanda é sustentada por quem possui em nome alheio» (*Ibidem*, Tit. 2.º, Cap. VII, pag. 274).

«.... Temos para nós, diz João Monteiro, que os interdictos possessorios são *ações reaes*. O frg. 1.º, § 3.º, de *interdictis*, *ibi*: Todos os interdictos possessorios são pessoais, «ainda que a formula seja real»—recebeu do direito canonico a modificação assignalada por Jhering, a qual integra systematicamente os remedios possessorios no quadro das acções reaes. O texto de Ulpiano — «*licet in rem videantur concepta*» — alludindo á regra do processo civil romano, segundo a qual as acções *in personam* e *in rem* se discriminavam pela formula — nas primeiras havia sempre a individuação do devedor ou do cu: «*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestercium X milia dare oportere*. .. ; nas segundas, não: «*Si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse*» — «perfeitamente sanciona a doutrina moderna, que admite o uso dos remedios possessorios contra qualquer possuidor, independentemente de anterior vinculo juridico» (*Processo Civil*, vol. 1.º, nota 2 ao § 23, pags. 117 e 118).

(24) Eis o que, em suas observações sobre o projecto do Codigo Napoleão, disse a Corte de Caen :

«On n'a point parlé de la possession par an et jour d'un immeuble et de ses effets : elle appartient cependant au droit civil, parce qu'elle constitue un droit réel dans le possesseur, qui doit être provisoirement maintenu.» (Demolombe, *op. cit.*, vol. 9.º, pag. 365).

Collocam n'a, entre os direitos reaes, os seguintes codigos : Austriaco «Segunda parte : Direito das Cousas. Primeira secção : Dos Direitos Reaes. Cap. 1.º : Da Posse ;

Japonez : «Livro 2.º : Dos Direitos Reaes. Cap. 2.º : Da Posse» ;

Allemao : «Liv. 3.º : Direitos Reaes sobre as cousas. Secção 1.ª : Posse» ;

Suisso : «Livro Quarto : Dos Direitos Reaes. Terceira parte : Da Posse e do Registro territorial» ;

Argentino : «Livro terceiro : Dos direitos reaes. Tit. 2.º : Da posse e da tradição para adquiril-a».

Tambem a colloca entre os direitos reaes o Projecto de Cod. Civil Hungaro, que, na terceira parte, se inscreve ; — «Direito real», e, no titulo segundo : «Posse e protecção possessoria».

No *Esboço* de T. de Freitas, o livro terceiro trata «dos direitos reaes» e o capitulo unico da secção primeira trata «da posse».

§ 2.º

COLLOCAÇÃO DA POSSE NO QUADRO GERAL DO DIREITO CIVIL

1.— Adoptada a classificação allemã (1) que, por ser de todas a menos imperfeita (2), é a geralmente seguida pela doutrina e pelas legislações modernas (3), e, provado, como o fizemos, no paragrapho anterior, que a posse é um direito real, a consequencia logica é sua collocação no quadro geral do direito civil, em a parte que trata do direito das cousas, a qual tem por objecto a propriedade e os direitos reaes. (4)

(1) Vide Savigny, *Droit Romain*, vol. 1.º, § LIII, pags. 324 e 325; Mackel-dey, *Manuel du Droit Romain*, § 120, pag. 73; Ribas, *Direito Civil*, vol. 1.º, tit. 4.º, cap. 2.º, § 4.º, pags. 323 e 325; Cogliolo, *Filosofia del Diritto Privato*, § 14, pags. 140 e 141.

(2) Vide Lafayette, *Direito de Familia*, introdução, pags. IX a XI; Ribas, *loco supra citato*, pags. 328 a 330; Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, introdução, n. II, pag. XVII.

(3) E', de facto, a seguida nos trabalhos systematicos, quer dos romanistas, como entre muitos outros, Marezoll (*Droit Privé des Romains*), Mackel-dey (*Manuel du Droit Romain*), Mainz (*Droit Romain*), Van Wetter (*Cours de Droit Romain*), Namur (*Cours d'Institutes*), Serafini (*Istituzioni de Diritto Romano*), Bonfante (*Diritto Romano*); quer dos civilistas, como Windscheid (*Pandectes*), Dernburg (*Pandectes*), De Filippis (*Diritto Civile Italiano Comparato*), P. Mazzoni (*Istituzioni di Diritto Civile Italiano*), Aubry et Rau (*Droit Civile Français*), Lafayette (*Direito de Familia*, introdução, pags. IX a XI), Carlos de Carvalho (*op. cit.*) e muitos outros que seria longo e fastidioso enumerar.

Falando dessa classificação, diz bem Cogliolo: «Quest'ultimo metodo é ormai tanto radicado nella nostra «tradizione che sarebbe difficile non seguirlo, nè d'altra parte può seriamente essere contestato, perch' si fonda sopra concetti di esatta logica» (*Op. citata*, § 14, pags. 140 e 141).

Quanto ás legislações, observa com razão Clovis Bevilacqua que «as preferencias pela denominada classificação allemã se têm generalizado e avigorado por tal fôrma que é caso de reparo ver um codigo recente como o hespanhol, dar prestigio á classificação doCodigo Napoleão, cuja inferioridade muitos juristas francezes lealmente reconhecem» (*Projecto de Codigo Civil*, Observações preliminares, n. IV, pag. 8).

Adoptam, com effeito, a classificação allemã os modernos codigos Japonez, Allemão e Suisso, bem como o Projecto de Codigo Civil Hungaro e os nossos projectos de Coelho Rodrigues e Bevilacqua.

Ella, attesta Carlos de Carvalho, «foi accita pela commissão especial e depois permanente em 1881, incumbida de dar parecer sobre o projecto Felicio dos Santos e pela de 1859; parece ter sido a adoptada pelo egregio Nabuco a quem se deu ampla liberdade pelo dec. n. 5 164, de 11 de dezembro de 1872; teve a preferencia no projecto do dr. Coelho Rodrigues e mereceu suffragios do Senado no parecer n. 100, de 1896» (*op. citada*, *loco citato*, pag. XVII).

(4) Vide os escriptores citados em a nota 1.

Sobre o logar da posse no *Corpus Juris* e nos trabalhos dos jurisconsultos romanos, vide Savigny, *Possession*, § 4.º, pags. 20 e 22. Quanto ás leis hespanholas anteriores ao Codigo Civil, e aos antigos codigos civis europeus, vide Dalman, *op. cit.*, ns. 102, 105, 106 e 113 a 117, pags. 119 a 131.

E' a opinião da maioria dos jurisconsultos que adoptam a dita classificação (5), mesmo daquelles que não consideram a posse como um direito; porquanto—é a razão em que estes ultimos se baseiam—ella representa o primeiro contacto do homem com as cousas corporeas, gera direitos relativos a ellas e, no modo porque funciona, usurpa as exterioridades do dominio, offerecendo um conceito muito mais simples que o da propriedade e dos direitos reaes (6).

(5) Bevilacqua, *Direito Civil*, § 2.º, nota 3, pags. 78.

*Mas no faltan, ensina Dalmau, los que, dando el valor debido a estas consideraciones, viendo en la posesion el juridico ejercicio de hecho del contenido de un derecho, y como átal una forma que en todos es posible, le han colocado en la parte general y commun del sistema, sin perjuicio de estudiario despues como posicion de hecho correspondiente á cada derecho en particular. Kierulff, Bocking, Zachariæ, Brins (1.ª edición) Dernburg, Hoffacker, Unger, Canstein, y tambien reconocen que este debe ser su lugar en una obra sistematica. Bruns y Ramda y el misno Savigny, aunque el ultimo de una manera ironica (Op. cit. n. 126, pags. 146 a 148).

Quando estudarmos a quasi-posse mostraremos que não tem razão esses jurisconsultos, visto que somente podem ser objecto da posse cousas corporeas e direitos reaes; nunca, porém, direitos pessoaes.

(6) De Filippis, *op. cit.* vol. 1.º, n. 15, pags 12; Lafayette, *Direito das Cousas*, § 1.º, n. 6, pags. 7, fundando-se em Maynz, Muhlenbruck e Mackeldey; Brinz Kuntze, Puchta, Windscheid, Bacardi, Arndts e Foster (*apud* Dalmau, *op. cit.* § IV, n 125, pags 144 e 145; Serafini, (*op. cit.*, § 47, pags. 197 e 198); Namur, (*op. cit.*, § 88 e seguintes, pags 148 a 161); Van Wetter (*Cours de Droit Romain*, vol. 1.º, § 143, pags. 286 e seguintes); Aubry et Rau, (*op. cit.*, §§ 117 a 190, pags. 105 a 254).

Tratando da collocação da posse no direito das cousas, Lafayette segue a opinião destes civilistas, e não a considera um direito mas simples facto: «Supposto a posse não seja um direito real, SINÃO UM FACTO (*op. cit.*, § 1.º, n. 6 pags. 7).

Estudando, entretanto, sua natureza juridica elle ensina exactamente o contrario: «O elemento material da posse a *detenção*, é em si um mero facto, que não accarreta consequencias legaes. Mas o concurso do elemento moral, a *intenção* transformando-o em posse, *communica-lhe* character juridico.

Este character juridico, resultante da natureza elementar da posse, e a maneira pela qual ella tem sido tratada pela legislação civil, *elevam-n'a* categoria de um direito.

Basta memorar:

1.—Que a posse inclue em si o direito de invocar os interdictos, verdadeiras acções adaptadas a protegê-la contra a perturbação e o esbulho.

2.—Que a posse subsiste, ainda em ausencia do possuidor; adquire-se e conserva-se por via de representantes; liga-se a personalidades civis, destituidas de vontade propria; transmite-se por successão e é susceptível de apreciação pecuniaria.

3 —Que o direito que compete ao esbulhado para recuperar a posse perdida, é um direito puro, desligado de todo o elemento material, isto é, do poder physico actual sobre a coisa

Estes desenvolvimentos e applicações da ideia de posse *seriam inintelligiveis*, se ella fosse um simples facto e não entrasse em sua composição um elemento juridico energicamente accentuado.

2.—Surge, porém, divergencia quanto ao logar que ella deve occupar no direito das cousas—si antes ou depois da propriedade e seus desmembramentos.

A quasi totalidade dos jurisconsultos e a grande maioria dos codigos a collocam antes daquelles institutos. (7) Jhering, porém, pensa que ella deve ser tratada depois dos mesmos, porque o direito só a protege como um complemento necessario á protecção da propriedade. (8)

E' mistér, pois, que, primeiro, se estudem esse direito e seus meios de protecção, para, demonstrada a insufficiencia destes, se concluir pela necessidade do instituto possessorio, cujo estudo, então, se fará (9)

3. Embora, quanto ao fundamento juridico da protecção da posse, tenhamos seguido a theoria de Jhering (10) todavia, de accordo com a doutrina corrente, entendemos que a posse deve ser tratada antes da propriedade :

a) porque ella é a origem desta (11);

b) porque é um dos modos pelos quaes póde a mesma ser adquirida, porquanto a usucapião que é um desses modos não é mais que a posse acompanhada de outras condições (12); logo, ao tratarmos da propriedade, já devemos conhecer a posse.

E', pois, força reconhecer que a posse é um facto e um direito:—um facto pelo que respeita á detenção, um direito por seus effeitos. E, em a nota 9, ainda accrescenta: « O facto é, por sua natureza, personalismo, inconvertivel intrasmissivel. Como, pois, *allivar o facto com as applicações que a ideia da posse recebe no systema do direito?* » (*Op. cit.*, § 5.º e nota 9, pags. 18 a 20).

Rudolff, que, segundo se viu em a nota 1 do paragrapho anterior, considera a posse um direito pessoal, reconhece, todavia, que, em um trabalho systematico, ella deve ser collocada entre os direitos reaes, como um poder natural sobre a coisa (*Savigny, op. cit., Supplemento*, pags. 599).

Ricci contesta-lhe a inclusão entre os direitos reaes, mas sem dizer onde deve ser collocada (*op. cit.*, n. 47, pag. 60)

(7) *Vide* a nota 3, *supra*.

(8) *Vide* cap. IV, §§ 10 a 13 deste *Ensaio*.

(9) *Questões de Direito Civil*, traducção de Adherbal de Carvalho, pags. 133.

(10) *Vide* nota 8, *supra*.

(11) *Dig.*, Liv. 41, Tit. 2.º, frg. 1.ª, § 1.º; *Cogliolo, op. cit.*, § 22, pags. 197.

(12) *Vide* cap. 2.º, § 2.º deste *Ensaio*.

A razão dada por Jhering não procede; pois nada impede que antes de estudar o domínio, demonstremos a insufficiencia da protecção que o direito lhe concede, para dahi deduzirmos o fundamento das acções possessorias. (13)

Edmundo Lima

LENTE CATHEDRATICO DE DIREITO ROMANO

(13) Observa, com razão, Clovis Bevilacqua que ha manifesta independencia de conceitos e de normas, em toda a materia do direito civil; que os institutos, como orgãos pertencentes a um aparelho mais dilatado, apresentam, em sua estrutura, empréstimos reciprocos e contactos frequentes. E, portanto, essa circumstancia que se reproduz em todas as secções do direito civil, não pôde ser uma objecção contra a procedencia concedida a uma dellas » (*Projecto deCodigo Civil, Observações preliminares*, n. IV, pags. 9).

Alguns codigos tratam da posse da propriedade e outros depois della. Antes: Austriaco, arts. 308 e seguintes; Hollandez, 585 e seguintes; Argentino, 2.351 e seguintes; Japonez, 180 e seguintes; Allemão, 852 e seguintes.

Assim tambem o fazem o projecto do Cod. Civil Hungaro, entre nós, o *Esboço* de T. de Freitas e os projectos Coelho Rodrigues e Bevilacqua, já se achando este approvado pela Camara dos Deputados.

Depois: o Francez, liv. 3.^o, tit. 20 e ultimo, como elemento da prescripção acquisitiva; Boliviano, *idem*, arts. 1.530 e seguintes, Chileno, 700 e seguintes; Italiano, 685 e seguintes; Portuguez, 474 e seguintes; Mexicano, liv. 2.^o, dos bens; Peruano, 465 e seguintes; Uruguayo, 621 e seguintes e Suisso, 919 e seguintes.