

Da Posse

Capitulo I

Preliminares

1 As difficuldades da posse começam com a origem da propria palavra encarada pelo ponto de vista etymologico.

No Digesto, L 41, tit. 2.º, pr., se lê que: "*possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus quasi positio* (ou, segundo outra edicção, a *pedibus positio*) *quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Græci detentionem dicunt*".

E, partindo desse conceito, explicam os juristas que, *estar de p.* sobre as cousas ou *estar nellas sentado*, significa sempre *exercer sobre ellas poder*. Nicola Stolfi, "Dritto Civile", Parte 1.ª, n. 4; Edouard Cuq, "Les Inst. Jur. des Romains", vol. 2.º, L 3, cap. 3, nota 3.

Jorge Cornil, "Traité de la Possession", I, diz que o termo *possidere* é composto de *sedere* e do prefixo de reforço — *po* — de sorte que *sedere*, significando sentar-se ou estar sentado, *possedere* e depois, *possidere* significará estabelecer-se ou ficar estabelecido sobre as cousas; e, acrescenta que uma lin-

guas germanicas a palavra que significa possuir tem a mesma etymologia: em allemão *besitzen* e, em neerlandez *bezitten*, derivam egualmente de *sitzen* e *zitten*, sentar-se, precedidos do prefixo de reforço — *be*. —

Breal et Bailly, "Dicc. Etym. Latin", confirmam que *por* é prefixo cuja letra ultima se funde com a letra igual de outras palavras seguintes, como aconteceu com o termo *sedere*, em *possedere*.

Mas, outros, *Accarias e Ortolan*, um no seu "Precis de Droit Romain" e o outro, nas suas "Institutes de Justinien", pensam derivar-se *possessio* do verbo latino — *posse*.

O citado *Stolfi* diz ser esta a origem mais provavel, porque tambem das fontes linguisticas e litterarias resulta que a posse serviu para indicar a dominação, o senhorio, sobre as cousas e, por isso, bem escreveu o *Bonfante* que *possessio* é termo paralelo á *potestas*, em ordem ás cousas e, etymologicamente, quasi o seu duplicado.

Essa opinião tem por si, pelo menos, a simplicidade, indicando a idéa capital do instituto, que é a idéa de poder.

Demolombe, "Cours de Code Civil", vol. 5.º n.º 3, diz: — "a palavra posse implica, sem duvida, sempre a idéa de um poder qualquer sobre as cousas".

E o *Windcheid*, *Pandette*, vol. 1, Parte 2, § 146, que: — "possuir uma coisa quer dizer tel-a de facto em seu poder".

2 Deve-se logo aqui fazer a distincção entre as duas especies do poder que nos é dado exercer sobre as cousas.

Um é o *jus possidendi*, o poder como consequencia da propriedade e, portanto, aquelle poder que se exerce de modo conforme um título e sem o qual, como pondera o *Shering*, "Du Rôle de la Volonté dans la Possession", pags. 21-22, não seriam possiveis os tres modos de utilização das cousas e, por isso, da propriedade, isto é, o *uti*, o *frui* e o *consumere*.

"A propriedade sem a posse seria um thesouro sem a chave para abril-o".

O outro, o *jus possessionis*, o poder, que tem qualquer homem de se apropriar das cousas necessarias á manutenção de sua existencia, independente de qualquer titulo, o poder que se instaura pelo simples acto de nossa vontade sobre as cousas acompanhado da intenção de submettel-as ao nosso dominio e poder, enfim, não mais consequencia da propriedade, mas, ao contrario, iniciação da propriedade, origem da propriedade, creação da propriedade: o que faz d'elle um poder autonomo, livre, soberano, que se impõe á protecção da lei, porque é um attributo do direito á vida.

3 Do exposto decorre a influencia enorme que a posse tem exercido nas legislações, principalmente na romana, segundo se exprime *E. Cuj.*, "Inst. Jur. des Romains", vol. 2.^o, cap. 3.^o, quer em materia de processo, porque ella dava direito aos interdictos e, na acção de reivindicacão, dispensava o réu de provar seu direito; quer em materia de direito substantivo, porque ella fazia adquirir a propriedade.

O professor *Antonio Randa*, "*Der Besitz*", começa sua exposiçãõ sobre a posse assim — "*Beati possidentes*, diz um proloquio latino; a posse é *nove decimos do direito*, diz um proloquio inglez e, certamente, representa ella, conforme mostra a experiencia, tanto na esphera do direito publico quanto na do privado, sinão mesmo exactamente *nove decimos do direito*, comtudo, uma tão grande força, desempenha em face do direito actual um tão importante papel, que bem se comprehende, se occupe de modo tão notavel a doutrina com esse *rival e outro cu do direito*".

E' pela posse que se realizam a occupacão, o usucapião e a tradiçãõ: tres modos de adquirir a propriedade.

4 A propriedade e a posse podem coincidir e, em regra, assim acontece, como quando o dono das cousas tem por si todos os direitos sobre ellas. Pode acontecer, porem, que o dominio e a posse estejam separados, tendo um, aquelle, e outro, esta. E, não somente isto se pode realizar por vontade do proprie-

tarlo, como quando elle mesmo cede a outrem, por titulo oneroso ou gratuito, o uso e gozo de seu bem; mas, tambem contra a vontade delle, como quando é esbulhado de seu bem e não procura rehavê-lo ou não o faz em tempo opportuno, ou decae da acção judicial.

5 Dessa importancia immensa da posse nasceu a protecção que a lei lhe concede, pondo o possuidor ao abrigo das perturbações e dos esbulhos no uso e gozo de seus bens, emquanto não se provar que elle está em uma situação illegal.

Os romanos protegeram a posse de uma maneira efficaz com os interdictos que seus Pretores concediam aos particulares: os interdictos *retinenda possessionis* para manutenção da posse perturbada, o *recuperanda possessionis* para retomada da posse perdida e o *adipiscende possessionis*, para aquisição de alguma posse nova.

O antigo Direito Germanico tutelava escassamente a posse porque a mesma propriedade individual era pouco protegida vivendo-se em regimen de propriedade collectiva. Mas, pouco a pouco, as idéas se foram alargando e precisando e a ordem publica foi tolerando menos que o estado da posse pudesse ser impunemente violada, ainda mesmo que o possuidor não fosse proprietario da cousa.

Por isso se comminaram penas contra os que turbassem a posse alheia, salvo si o turbador provasse ser o proprietario. Desse modo se conseguiu uma tutela, embora imperfeita, em relação á romana.

Segundo *Endemann*, "Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", vol. 3.^o, § 27, o direito allemão usava para designar a relação de posse a palavra *Gewere* e sobre isto se entendia originariamente a inclusão ou investidura corporal na posse de uma cousa. O *Gewere* significava o senhorio de facto sobre um terreno ou um movel ou um direito, a que competisse um exercicio duradouro. Pela recepção do Direito Romano na Allemanha o *Gewere* do velho direito não foi completamente desaproveitado, mas, sua esphera de acção, desde então, estreita-

mente limitada. Ambas as fontes contribuíram, para a formação das acções de posse do direito commum. O possessorio ordinario do direito commum se apoiou sobre o *Gewere*.

6 Para se comprehender bem a evolução do instituto da posse, convem destacar deus pontos, explica o *N. Stolfi*, ob. cit., n.º 13, vol. 2 :

O primeiro é que, no principio, só se considerava a posse sobre cousas corporeas e só pouco a pouco, se admittiu que ella coubesse tambem ao credor pignoratício, ao sequestratário, ao precarista, ao emphyteuta, ao superficiario, ao titular da servidão, pois se notou que quem possue tambem uma servidão, cumpre os actos que cumpriria si tivesse o direito a ella. Reconheceu-se que a posse podia ser parcial e corresponder a qualquer das faculdades que constituem um particular *jus in re aliena*, ficando, contudo, a coisa sob o poder do seu dono, e que tal posse devia ser protegida, como uma *quasi possessio*.

O segundo ponto é que, no principio, a posse era uma só: a *possessio civilis*, porque, fóra dahi, só havia a simples detenção, *possessio naturalis*, desprovida de toda tutela juridica; mas, pouco a pouco, se chegou tambem a uma protecção mais completa da posse, desenvolvendo-se a *traditio brevi manu* e o *constitutum possessorium*.

A primeira, era o facto do adquirente já ter a detenção da coisa, a qual se transformava em posse quando o detentor resolveia querer a coisa para si, como dono; e, o segundo, era o facto de converter alguém a sua posse em mera detenção, transferindo aquella á outro, mas, ficando com a coisa em seu poder.

7 O Direito Canonico não só continuou o romano, mas, o alargou na defesa da posse para alem dos direitos assignalados pelos antigos juriconsultos.

Isto foi determinado, pondera o *Stolfi*, pela criação de alguns direitos ignorados do mundo antigo e tambem pela ne-

ca sidade de assegurar com privilegios politicos a posição de seus bispos e mais ecclesiasticos. Assim, foram reconhecidos capazes de posse não só as servidões e outros direitos reaes, como tambem, os de obrigação, pelo menos os capazes de exercicio continuado e até os direitos de familia e de estado.

Quem estava no gozo de um direito de credito ou tinha a posse do estado de conjuge, de filho, etc., era garantido pela lei na sua posse, prescindindo-se da existencia do direito: de modo que cabia ao adversario provar que elle não era credor, nem conjuge, nem filho.

8 O Codigo Civil Francez não regulou completamente a materia de posse; tratou della incidentemente, por occasião do usucapião, e não disciplinou as acções possessorias, de que se acha somente uma menção no Codigo de Processo, deixando á doutrina resolver as questões que se apresentassem na pratica.

O Codigo Austriaco tratou da posse inspirando-se substancialmente nos principios do Direito Romano, distinguindo a detenção da posse, a posse legitima da illegitima, segundo se tivesse ou não titulo a possuir e, embora presumisse a legitimidade da posse, admittiu acções possessorias tambem para tutela da posse illegitima, porque queria protegida a ordem civil juridica, ou autorizou a repellir pela força qualquer força, quando não fosse possivel recorrer á justiça.

O Codigo Italiano regulou tambem a posse, acompanhando o systema austriaco, protegendo a posse legitima, não só por si, mas, porque deixava presumir a propriedade; e a posse illegitima, por motivo de ordem publica. Os outros Codigos tambem se occuparam da materia da posse, desde o Codigo Prussiano de 1794, até os da Servia, da Hespanha, de Portugal, do Chile, da Argentina, do Uruguay, etc., e os mais recentes, da Allemanha, da Suissa e do Japão. Mas, á excepção do Prussiano e do Austriaco, que proclamam de modo generico a posse dos direitos pessoaes, salvo apenas os que se extinguem por seu proprio exercicio, isto é, os que não

são susceptíveis de um exercício duradouro, porque o primeiro dizia ser possuidor de um direito, quem o exercesse; e o outro, manda se deva estender a noção da posse a todas as cousas corporeas e incorporeas, que podem fazer objecto do commercio jurídico, os demais codigos, que seguiram o Francez, posto tenham já definido a posse como sendo — “a detenção de uma cousa ou o gozo de um direito que temos ou exercemos por nós mesmos ou por outro que o exerce em nosso nome” — todavia, somente comprehendem por posse de direitos a posse dos direitos reaes na cousa alheia.

O Código Civil Allemão não falou da *juris possessio*; apenas consagrou implicitamente a existencia della para as servidões prediaes e para as pessoasas restrictas, declarando o exercício dessas servidões coberto pela protecção possessoria.

Em *Planck's*, “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, vol. 3.º, cap. 1.º, n.º 7, se lê: — “Como objecto da posse o Código Civil somente conhece as cousas; a applicação da noção de posse de direitos lhe é estranha. O exercício do direito é, como tal, somente protegido excepcionalmente. Não vêm á consideração os casos em que o exercício do direito está ligado com a posse das cousas; aqui se trata somente da protecção á posse das cousas”.

E *Rosset et Mentha*, “Manuel du Droit Civil Suisse”, pag. 337, igualmente, alem da posse de cousas moveis e immoveis, só nos falam da posse de servidões e encargos territoriaes, consistindo no exercício effectivo do direito e não em uma senhoria geral sobre a cousa, o que corresponderia ao direito de propriedade.

De modo que, esses Codigos recuaram do avanço feito pelo Direito Canonico sobre a posse de direitos pessoasas.

Todavia, taes Codigos, influenciados pelas novas idéas, modificaram seus conceitos sobre a posse, definindo tambem estes dous ultimos a posse como “o poder de facto sobre a cousa” ou “a senhoria effectiva da cousa”.

E é este o estado actual das idéas em tal assumpto.

Capitulo II

A Theoria subjectiva

9 As principaes theorias possessorias são as do *Savigny* e do *Jhering*: a primeira chamada *subjectiva*; a outra *objectiva*.

Appreciemos, primeiro, a do *Savigny*, em seus pontos capitais. Este, em seu "Traité de la Possession", § 1.º, declara logo que as — "definições da posse, por mais divergentes que sejam sob a relação da forma ou de fundo, encerram todas uma idéa geral, que lhes serve de base e que deve ser o ponto de partida de todas as investigações sobre essa materia—". Todos admittem, conclue elle, — "que se está na posse de uma cousa quando se tem a *faculdade não só de dispor physicamente dessa cousa, mas, ainda, de defendel-a contra toda accção estranha* —", "Dahi dizer, por ex., o *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 2.º, que: — "a posse consiste no poder de dispor physicamente das cousas com a intencção de dono e de defendel-as contra as aggressões de terceiro." —

10 A posse tem dous effeitos, que lhe pertencem, independente da idéa de propriedade: o usucapião e os interdictos.

O primeiro é a aquisição do domínio pelo decurso do tempo; os últimos são os remedios judiciais para repellir as perturbações da posse ou para reaver a posse perdida.

11 Ha quem tenha dado á posse outros effeitos, até o numero de setenta e dous, mas, para *Savigny*, somente aquelles dous são effeitos directos e immediatos da posse.

12 A palavra *possessio* designava, em principio, asserta o mestre, a simples detenção, isto é, um puro factio physico, estranho ao direito. A detenção podia, porem, adquirir um valor juridico levando á propriedade, por effeito do usucapião e, então, se chamava *civilis possessio*, para distinguir-se da detenção pura, que ficou sendo conhecida por *naturalis possessio*, reservada a palavra *possessio*, desacompanhada de qualquer qualificativo, para a detenção que somente dava logar aos interdictos. Houve, assim, duas especies de posse juridica: a *civilis*, que levava ao usucapião, e a *possessio*, que e a protegida pelos interdictos; bem como houve tambem duas especies de posse natural: a que não reunia as qualidades para produzir o usucapião e a que não dava interdictos.

13 A posse podia ser justa ou injusta, conforme não tinha ou tinha os vicios da violencia, da clandestinidade ou da precaridade. (*vi, clam et precario*).

A posse podia ser de boa ou de má fé, conforme tinha o possuidor ou não tinha a convicção de que a coisa lhe pertencesse.

A posse podia ser ainda individual ou collectiva, conforme pertencia a uma só pessoa ou a muitas, por partes ideaes (*compossessio*) porque não se podia comprehender a posse de muitos ao mesmo tempo sobre uma coisa (*in solidum*): Toda posse e a exclusiva: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*.

Embora haja divergencia sobre esse ponto entre os juristas

tas, *Savigny* pensa que essa regra figura na compilação justiniana como regra geral.

Dahi dous principios: a) quando os textos dizem que uma posse antiga continúa a existir, é que nenhuma posse nova pode ter começado; b) quando, ao contrario, uma posse nova começa, é que a posse antiga cessou.

14 A posse para *Savigny* é apenas um facto, mas, facto e que têm sido ligadas consequencias legais quaes o usucapião e os interdictos; e, por isto, ella é ao mesmo tempo facto e direito; por si mesma um facto, por suas consequencias forma um direito e essa dupla natureza é importante para tudo que concerne a tal matéria.

Com effeito, a posse sendo em principio somente um simples facto, sua existencia é por isso mesmo independente de todas as regras que a lei tem traçado para aquisição e perda dos direitos.

E' assim que a aquisição e a perda da posse podem resultar de um acto de violencia. E' assim que a nullidade de um acto, por ex., de uma doação, por falta de insinuação, não poderá impedir a aquisição da posse. E' assim que a posse não pode ser objecto de uma transmissão propriamente dita; o possuidor seguinte adquire sempre uma posse nova.

Mas, como a posse pode levar ao usucapião e goza de protecção da lei, pelos interdictos, ella se torna afinal direito.

Todavia, esse direito é da classe dos *obligacionaes* e, os actos de perturbações e esbulho da posse, são *verdadeiros delictos civis*.

15 Quanto aos elementos substanciaes da posse, *Savigny* ensina serem dous, conforme o Dig., L 41, tit. 23: — "adquirimos a posse pelo corpo e pelo animo" — e, portanto, pelo corpo e pelo animo ao mesmo tempo. O corpo é a possibilidade de ter o individuo a coisa á sua disposição, e o animo é a vontade de ter a coisa para si, como dono; e, só por essa vontade, é que a detenção se eleva á categoria de posse. Pq-

de-se ter a detenção sem aquelle animo; mas, então, não ha posse. E' preciso que se reunam a detenção e o *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, para que haja posse.

E' por esse caracteristico da vontade especial de ter a coisa para si como dono, que se chama *subjectiva* a theoria do *Savigny*, uma vez que, depende somente da *vontade do sujeito* que haja apenas detenção ou que haja tambem posse. Si o sujeito não quer a coisa para si como dono, ou a quer somente para outrem, elle tem simplesmente a detenção della. Si, porém, o sujeito quer a coisa para si como dono, elle tem egualmente a posse della.

Todavia, elle admite uma posse naquelles sujeitos que têm a coisa em seu poder por um interesse e concessão do proprietario, como o credor pignoratício, o *emphyteuta*. Nesses casos ha, para elle, uma excepção á regra; o *jus possessionis* é transferido pelo antigo ao novo possuidor, e este não tem, então, o *animus domini*, mas, somente o *animus possidendi*. A' essa posse chama elle posse derivada, por opposição á outra, que elle chama posse originaria.

Fala o proprio *Savigny*, § 9.º : Para ser considerada como posse, toda detenção deve ser intencional, isto é, para ser possuidor, não basta deter a coisa, é preciso *querer* detel-a. A detenção de uma coisa é um facto physico correspondente ao facto juridico da propriedade. Em consequencia o *animus possidendi* não é outra coisa mais do que a intenção de exercer o direito de propriedade. Esta definição, entretanto, não basta, porque aquelle que detem uma coisa pode ter esta intenção de duas maneiras differentes: elle pode querer exercer o direito de propriedade de outrem ou o seu proprio.

Si elle tem a intenção de exercer o direito de propriedade de outrem, direito que elle por isso mesmo reconhece, não ha o *animus possidendi* que é necessario para que o facto da detenção se transforme em posse.

Só resta, pois, a segunda hypothese, aquella em que o detentor tem intenção de exercer seu proprio direito de proprie-

dade, de sorte que o *animus possidendi* não é aqui outra cousa mais que o *animus domini* ou o *animus sibi habendi*.

Assim para ser considerado como verdadeiro possuidor de uma cousa, é preciso que aquelle que a detem se conduza a seu respeito como proprietario; em outros termos, que elle pretenda dispor della effectivamente como um proprietario teria a faculdade legal de fazel-o em virtude de seu direito, o que implica em particular tambem a recusa de reconhecer em outrem um direito qualquer superior ao seu.

A idéa da posse não exige absolutamente nada mais que o *animus domini*; ella não suppõe a convicção de que se seja realmente proprietario (*opinio seu cogitatio domini*); eis ahí a razão porque o ladrão pode tambem ter a posse da cousa recubada, como tem o dono e ella differe da do verdadeiro, que não possui, porque elle não considera a cousa como sua.

Conforme o exposto, continua elle, não se deve considerar como possuidor senão aquelle que detem a cousa em seu proprio nome e não o que a detem para outro. Nesse ultimo caso, o verdadeiro possuidor será aquelle em nome do qual se realiza a detenção. Todavia a posse é considerada como um direito e, por esse titulo, ella pode ser alienada.

Eis ahí porque, nessa hypothese, o possuidor verdadeiro e originario poderá transferir o direito de posse aquelle que exerce o direito de propriedade em seu nome.

Alem da posse originaria, cujos elementos são a detenção e o *animus domini*, ha, pois, ainda uma posse derivada cujo principio se acha na posse originaria de uma outra pessoa. Toda differença entre esta posse derivada e a posse primitiva está no *animus possidendi*, porque quanto á detenção, esses dois generos de posse se parecem completamente. O *animus possidendi*, que, na posse originaria é um verdadeiro *animus domini*, tem por objecto, quando se trata da posse derivada o *jus possessionis*, transferido pelo possuidor originario.

Desta maneira o credor, por ex., tem a posse juridica do penhor que lhe foi entregue, ainda que elle não pretenda ser

proprietario delle; o devedor, que tinha da cousa a posse plena e inteira, lhe transferiu a detenção e o *jus possessionis*.

A posse derivada é uma derrogação aos principios primitivos da posse e, por isso, não convem admittil-a senão nos casos em que o direito positivo a estabelece expressamente e assim, nos casos do emphyteuta, do credor pignoratício, do depositario e do precarista.

A expressão mais geral do que encerra em substancia a noção da posse é, pois, esta: é a detenção junta ao *animus possidendi* e este pode ser de dous generos differentes, segundo se trata de posse originaria ou de posse derivada. No primeiro caso é um *animus domini*; no segundo, é a intenção de ter o *jus possessionis*, que até então pertencia a um outro.

Da noção da posse assim definida, ainda adverte o *Savigny*, se segue que certas cousas não poderiam ser possuidas e que, de outra parte, certas pessoas não poderiam possuir.

No primeiro caso estão as cousas fóra do commercio e, no segundo, os incapazes.

Enfim, §§ 13 e seguintes, como a posse, embora facto, produz effeitos juridicos, definem-se os modos pelos quaes ella se adquire e se perde.

Toda aquisição de posse repousa sobre um acto physico, corpo ou facto, acompanhado de uma vontade determinada, o animo.

O facto deve ter por effeito collocar aquelle que quer adquirir a posse em condições de poder, com exclusão de qualquer outro, tratar a cousa como bem lhe pareça, isto é, de poder exercer sobre ella o direito de propriedade. A vontade deve consistir na intenção de ter realmente a cousa como propria. Todavia, quando a posse passa de uma pessoa a outra, em virtude de um acto juridico, basta querer esta translação, de sorte que aqui a posse se pode adquirir reconhecendo o direito de propriedade de outra pessoa.

Mas, a posse é considerada como um direito: ora todo homem pode adquirir direitos, não só por seus actos proprios e pessoais, porem egualmente pelos actos de seus filhos e de

seus escravos e, mesmo fóra desses dous casos, ainda por outras pessoas.

A posse se adquire pela apprehensão, possibilidade de agir directamente sobre a cousa, e que pode consistir no acto real de agarrar com a mão os moveis e por o pé sobre os immoveis, ou no acto symbolico, que, graças á uma ficção juridica, representaria o acto de apprehender realmente a cousa: e, pela intenção, a vontade de dono, ou, pelo menos, a de possuir apenas a cousa para um certo fim.

A posse se conserva enquanto persistem aquelles elementos que a constituem.

E, por ultimo, a posse se perde pela cessação de um destes elementos ou pela de ambos; por actos da propria pessoa ou por actos de terceiro.

16 A posse foi protegida pelo respeito devido á pessoa.

A pessoa, como tal, explica *Savigny* — “deve estar ao abrigo de toda violencia, porque, em relação á ella, a violencia é sempre contraria ao direito. A violencia attinge directa e exclusivamente á pessoa ou a lesa em seus direitos, como, por ex., o de propriedade. Si a violencia é feita á pessoa e ac mesmo tempo á sua posse, é alterada no estado da pessoa alguma cousa em seu prejuizo e deve a offensa, que assenta na violencia contra a pessoa, ser annullada em suas consequencias, restabelecendo-se aquelle estado de facto, que foi alterado pela violencia. A posse deve, portanto, ser protegida para se evitarem as violencias contra as pessoas.

A posse, não sendo um direito, só engendra um direito pessoal de invocar os interdictos—.”

Começou em Roma essa protecção por uma simples medida de policia, tomada pelos pretores, em beneficio da liberdade dos cidadãos e da ordem publica. Em certas circumstancias, em que se tratava de impedir rixas ou de reprimir actos de violencia e particularmente nas contestações relativas á posse das cousas corporeas ou á quasi posse das in-

corporeas; o pretor, em vez de dar uma acção, isto é, de enviar a pessoa a um juiz, que examinasse e julgasse o negocio, dava uma ordem imperativa ou prohibitiva, á qual as partes se deviam conformar — *vim fieri veto* —. A' essas ordens, formuladas em termos consagrados, se chamaram *interdicta*, porque eram *inter duos* proferidas, em opposição aos *edicta* que eram proferidos *erga omnes*.

17 A protecção possessoria tinha tido origem, segundo *Savigny*, apoiado em *Niebuhr* e acompanhado por *Dernburg*, na protecção do *ager publicus*, de que o Estado fazia concessões aos particulares, protegendo-os com os interdictos contra os actos arbitrarios que pudessem perturbar ou tirar-lhes a posse sendo depois estendida essa protecção ao *ager privatus*.

Nos primeiros tempos os *agri publici* se chamavam *possessiones* e os concessionarios desses terrenos, não tendo acção competente para defendel-os, teriam recorrido aos pretores, que lhes déram os interdictos.

18 Enfim a posse para *Savigny*, sendo o poder de dispor physicamente das cousas, tinha por objecto, no Direito Romano, somente as cousas corporeas. § 12, tendo depois sido distendida a certos direitos reaes na causa alheia, o que se chamou, por analogia. — a *quasi possessio*.

Capitulo III

A Theoria objectiva

19 Ap.eciemos agora a theoria do *Jhering*, tambem em seus pontos capitaes.

Este nos seus livros: "Du Rôle de la Volonté dans la Possession", "Fundamentos dos Interdictos Possessorios" e "Questões de Direito Civil", combate a theoria de *Savigny* e colloca-se em posição opposta á delle.

Assim assera elle, nos "Fundamentos dos Interdictos", que o erro capital do outro consiste na identificação da noção de posse com a de poder physico sobre as cousas, tanto que considera a apprehensão como a possibilidade material de agir immediatamente sobre as cousas e de evitar toda acção estranha, quando a verdade é que, fóra mesmo desse poder material, assim como fóra da possibilidade immediata de defender taes cousas, a posse se adquire, se mantêm e se transmite. A posse se conserva na ausencia do possuidor e ainda mesmo no caso de não poder este defendel-a; do contrario, a posse só existiria nas cousas que tivessemos, sem interrupção, sob nossa disposição actual.

A posse é garantida pelos costumes e pelas leis; o poder que temos sobre as cousas é poder moral, legal, asentando na ordem social estabelecida. A noção de *Savigny* não é portanto, verdadeira.

Além disto, a noção é estreita, porque comprehende somente as cousas corporaeas, quando a verdade é que o *Savigny* mesmo se viu obrigado a admittir uma posse de directos reaes na cousa alheia, á que chamou *quasi possessio*, porque a posse, sendo o exercéicio de um direito, pode e deve ser estendida a todos os direitos que sejam susceptiveis de exercéicio material e não ficar restricta simplesmente ás cousas corporeas.

20 A posse, affirma o *Jhering*, é a relação de facto entre as pessoas e as cousas, tal como o ordena o fim para que estas se utilizam sob o ponto de vista economico. Esta relação varia com a indole das cousas.

A posse é a *effectividade*, é a *visibilidade*, é a *apparencia da propriedade*. E' o facto de alguém conduzir-se com as cousas, como faz o proprietario em condições normaes. E' o *exercéicio da propriedade*.

Deve-se notar, porem, que toda relação exterior entre uma pessoa e uma cousa não constitue posse, si não for querida. Sem a vontade, essa relação exterior é um mero facto indifferente ao direito; uma relação de simples justaposição local. A posse implica, portanto, sempre a *vontade da pessoa*.

21 Mas, a posse, explica elle, na "Theoria Simplificada da Posse", é um direito, desde que é a relação da pessoa com as cousas sob a protecção da lei. Os direitos são interesses juridicamente protegidos e, como parte do systema juridico, é ella instituição de direito; ha em todo direito um elemento material, o interesse; e um elemento formal, a protecção legal. A posse é direito, porque apresenta um interesse incontestavel, permittindo a utilização economica das cousas e, a esse elemento interesse, se junta a protecção da lei, achando-se reunidas, desde então, as condições de um direito. E os ju-

ristas romanos o chamaram mesmo o *jus possessionis*. Não se pode negar á posse o caracter de direito porque a protecção legal apparece como a consequencia de um puro facto. Esse mesmo phenomeno se dá com muitos outros factos.

O facto protegido pela lei se converte em direito. Ao facto da conclusão de um contracto a lei liga a consequencia juridica de que o credor pode reclamar do devedor e, até pela força, a execução do ajuste e, á essa consequencia juridica, se chama direito de credito.

O que ha de particular na posse é que, aqui, o facto e o direito se unem de tal modo que se confundem. *O direito nasce com o facto e desaparece com elle; só existe enquanto o facto existe e precisa ser protegido; ao passo que, em outras relações, engendrado o direito, desaparece o facto, como na propriedade, com relação á tradição ou á occupação.*

Alem disto, si ha textos das leis romanas que chamam a posse um facto, por ex., a lei 1, n.º 3, do Dig. L 41, tit. 2.º : — "*eam enim rem facti, non juris esse*", — ha muitos outros que a chamam direito.

Assim a lei 2, L 43, tit. 17 : — "*Qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quoad possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet*". —

Assim a lei 49, do Dig. 41, titulo 2.º : — "*quia possessio non tantum corporis sed et juris est*". —

22 *Jhering*, "Du Rôle de la Volonté", n.º 5, tambem admítte os dois elementos: o corpo e o animo, dando-lhes apenas significações um pouco differentes.

O corpo é somente a relação exterior, permanente, de facto, do homem com a cousa, e o animo é a vontade que se segue sempre a qualquer deliberação do individuo e que tanto existe na posse como na detenção e que não pode deixar de existir, porque não ha posse para as pessoas sem vontade, para os inconscientes.

A differença entre a detenção e a posse, e este é o característico principal da theoría chamada *objectiva*, não está so-

mente na vontade do sujeito ter a coisa para si como propria; mas, em uma causa externa, objectiva, determinada pela lei, que declara em certos casos haver posse e, em outros, simples detenção. Entregar a posse á vontade individual, accentua elle, é crear a anarchia no direito.

O criterio de differença não quer elle que fique ao arbitrio do sujeito, que pode agora querer num sentido e depois em outro; além de ser difficil a prova para a parte demonstrar seu direito e para o juiz decidir o caso com justiça.

Esse criterio é dado pela lei, que menciona os casos em que deve haver posse e aquelles em que ha somente detenção.

Savigny partira da detenção que, pela adjunção do *animus domini*, se eleva a categoria de posse.

Jhering partiu, ao contrario, da propria posse, que existe na relação exterior do homem com as cousas, menos os casos especificados em lei, nos quaes ella deixa de existir por considerações de utilidade pratica.

E, a vantagem desse criterio é grande, porque, na primeira theoria, o sujeito precisa provar sua relação com a coisa e, mais, seu animo especial de querer a coisa para si como dono; e, na segunda theoria, basta provar sua relação com a coisa, do que resulta logo a presumpção de posse, cabendo, então, ao interessado demonstrar que, na hypothese, por um motivo legal, não ha posse, porem, simples detenção. Assim se facilita a prova ao possuidor e o julgamento ao juiz.

Jhering usa de uma formula algebraica para melhor explicar seu pensamento, a qual formula se traduz assim:

Conforme *Savigny*, a posse é igual á vontade, mais o animo especial e mais o corpo; a detenção é igual á vontade, mais o corpo.

Conforme elle, a posse é igual á vontade, mais o corpo; a detenção é igual á vontade, mais o corpo, menos o obstaculo ou impedimento legal.

23 O *Ihering* expõe, no “Fundamento dos Interdictos”, as theorias sobre o motivo da protecção possessoria.

A primeira é a de *Savigny*, do respeito á pessoa, que se deve resguardar contra todos os actos de violencia dirigidos a mudar o estado de facto em que ella se achava relativamente a uma determinada cousa; mas, theoria que não satisfaz porque nem sempre a violação da posse importa offensa á pessoa, desde que não haja força, clandestinidade ou precario, e alem disso, si fosse só esse o motivo, a protecção caberia tambem a todos os casos de detenção.

Depois, vem a theoria do interesse da ordem social, em que a protecção possessoria é concedida para que os cidadãos não venham ás armas; opinião que tambem não satisfaz, porque, então, a posse seria um instituto do Direito Penal e a violação do direito do Estado importaria na applicação de uma pena; mas, não na dos principios de manutenção e de restituição do estado anterior.

Depois, vem a theoria da protecção á posse por ser esta presumpção da propriedade ou propriedade incipiente, opinião que igualmente não satisfaz, porque, no Direito Romano, a propriedade era separada da posse e os interdictos possessories eram concedidos á tutela da posse por si mesma e não pela presumpção de propriedade. Dizia mesmo a l. 12, Dig. 41, que: — “*nihil commune habet proprietas cum possessio*” — e, no tit. 43, lei 1, que — “*separata esse debet possessio a proprietate*”. —

Depois, vem a theoria que parte de um canon da philosophia hegeliana, segundo o qual, a vontade particular é iniciio de todo direito, o qual se aperfeiçoa e se torna absoluto pela vontade geral. A causa da tutela possessoria está na vontade individual. E' ella que, exercitando seu poder sobre as cousas, imprime nellas o signal de sua inviolabilidade; mas opinião que ainda não satisfaz por não explicar porque se deva considerar licita a conducta daquelle que, sem direito de propriedade sobre uma cousa, resolve exercitar seu poder de facto sobre ella, com o *animus rem sibi habendi*. Depois,

vem a theoria do destino mesmo do patrimonio para servir á satisfacção das necessidades humanas, do interesse economico da posse; mas, que do mesmo modo não satisfaz, visto como, do mesmo modo aqui surge a pergunta, porque tambem não se proteje com os interdictos toda detença, desde que, sendo a razão de tal protecção o destino das cousas servirem á satisfacção de nossas necessidades, o detentor merece tanto quanto o possuidor.

Enfim, vem a theoria delle, que encontra o motivo da protecção á posse *como exterioridade da propriedade*, segundo elle mesmo se exprime, *na necessidade de completar a protecção da propriedade, para facilitar a prova em favor do proprietario, o que necessariamente tambem aproveita ao não proprietario...* *A protecção da posse é um postulado da protecção da propriedade; é o complemento necessario do systema de propriedade entre os romanos. A posse é a guarda avançada da propriedade.*

Para fornecer ao proprietario, contra qualquer ataque, um meio de defesa mais facil que a acção de reivindicacção, em lugar da prova da existencia da propriedade, se recorreu á prova da simples existencia do facto da mesma e se empregaram os interdictos possessorios.

24 E a proposito dos interdictos, avança tambem o *Jhering*, "Du Rôle de la Volonté" nota 53. que tem por falsa a idéa de *Savigny*, de derivar a protecção possessoria do *ager publicus*, porque, a expressão tecnica universalmente conhecida para designar o gozo do *ager publicus* não seria *possidere*, como está no interdicto, mas, seria a expressão *frui*; tanto mais quanto, o *ager publicus* estava, então, sob a administracção de censor e não do pretor. Depois, no curso do tempo, isto se foi modificando e o pretor começou a conceder interdictos para proteger as terras publicas; mas, não usou dos termos *fundus* e *possidere*; porem dos termos — *locus publicus* e *frui* e o interdicto empregado foi, então, o de *locus publico fruendo*.

Capitulo IV

Criticas á Theoria Objectiva

25 *Rudolf Von Jhering* produziu, logo que publicou suas idéas, uma revolução no mundo juridico.

Teve discipulos entusiastas de sua theoria não só no seu, como tambem nos outros paizes, embora não conseguisse fazer predominar completamente sua doutrina no Código Allemão, nem entre todos os civilistas.

E' verdade que, como nos informa *Meulenacre*, no "Code Civil Allemand", este não exigiu mais a *vontade* de adquirir por parte do possuidor e, quanto ao *corpo*, é o poder de facto sobre a cousa, regulado em cada caso conforme as circumstancias, e isto se deve á influencia das idéas do *Jhering*, visto que o projecto primitivo tinha conservado os elementos classicos *corpus et animus* que desde tantos annos são objecto de discussões dos juristas. Mas, o Código não admitiu a formula tão racional e tão clara do *Jhering*, ficando a mesma discussão aberta sendo a obra dos legisladores do futuro collocar definitivamente o *corpus* da theoria de *Savigny* entre as curiosidades historicas.

26 E, no campo da doutrina, tem encontrado *Jhering* fortes adversários:

Antonio Randa, por ex., no citado livro — “*Der Besitz*”, § 2.º — expõe suas idéas a respeito, mais ou menos nestes termos.

Realmente, o conceito de *Savigny* sobre a apprehensão, como possibilidade immediata de influencia actual, exclusiva, sobre as cousas, é muito estreito e não abrange os casos occorrentes. Ella não é o poder physico, *potestas*, como simples detenção corporal, pois, assim dar-se-ia de facto somente a posse nas cousas que tivéssemos, sem interrupção, sob nosso immediato poder actual: uma relação que só se realizaria nos moveis, porque, nos immoveis, seria difficil. Uma tal concepção não só seria contraria ás fontes, como também á noção geral de poder. Mas, vem por isso é erronea a idea fundamental da concepção do *Savigny*, porque a essencia da apprehensão consiste em um acto que *proporciona o poder de facto sobre as cousas*.

Os juristas romanos ligavam toda importancia ao poder de facto, ao poder pela presença pessoal ou guarda effectiva ou pela tradição da cousa.

27 O *Savigny* pode ter formulado mal seu conceito; porem, elle é, em substancia, verdadeiro.

Jhering, em lugar da formula de *Savigny*, declara a sua: — “a posse é a effectividade, a visibilidade da propriedade”. — Elle não faz questão do *corpus* e menos ainda do *animus* especial de dono. O modo por que o proprietario da cousa exerce de facto seu dominio, constitue a posse e a posse deve existir e continuar onde a cousa se acha em seu estado normal, no qual ella cumpre seu fim economico.

A visibilidade é o caracteristico essencial da posse.

A forma exterior da effectividade do dominio se determina pela differença das cousas: contudo, é sempre a forma normal aquella pela qual o proprietario usa das cousas de seu

domínio. o modo como elle se costuma conduzir com as suas cousas.

Mas, o conceito de *Jhering*, nem assenta em disposição alguma do Direito Romano nem fornece um criterio seguro para conhecimento da posse.

Com effeito, *Jhering* acha a confirmação de sua theoria, na Constituição 20, 7, 32 doCodigo — "*cum ipse proponas te diu in possessionis fuisse, omnia que ut dominum gessisse.*"

Entretanto, essa passagem somente tem por fim decidir que o comprador, que comprou o terreno por intermedio de um mandatario e *assim adquiriu a posse oom sciencia do vendedor*, si della dispoz por muito tempo como si fosse proprietario, sem duvida é considerado possuidor.

28 Certamente, continúa o *Randa*, o modo de se conduzir o proprietario com suas cousas, *pode dar uma indicação da existencia da posse e da vontade de possuir; porem, esse indicio não serve em todos os casos*. Muitas vezes nega-se a posse, embora seja visivel a coisa e se ache em situação normal, como por ex., nas cousas moveis e immoveis da *hereditas jacens*; nas cousas moveis e immoveis em que falta capacidade ás pessoas para possuil-as como acontece aos *monges*; nas florestas e pastagens, depois da *derelicção*, etc.

Outras vezes, ao contrario, concede-se a posse, embora se ache a coisa em estado anormal, fóra do seu logar natural, como nas cousas deixadas no campo, sem guarda: animaes, carros, cargas, montes de feno, etc., casos estes em que o proprio *Jhering* reconhece que a posse não fica perdida; e, entretanto, não estão as cousas em sua situação natural.

Jhering presuppõe que o estado normal da coisa e o estado em que ella preenche seu fim economico são identicos. Entretanto, isto não acontece sempre. Ordinariamente as nossas roupas e joias se acham guardadas em moveis especiaes: armarios ou cofres. Frequentemente tambem as terras de plantio são deixadas em deseanso, por alguns annos. Poder-

se-á dizer por isso que, nesse estado, ellas preenchem seu fim economico?

Ainda presuppõe o *Jhering* que a situação normal da cousa coincide sempre com a sua visibilidade; e, entretanto, nem sempre é assim, porque nós não podemos reconhecer pela simples inspecção ocular si as florestas, os bosques, os prados, estão em propriedade ou não.

29 Em certos casos, como da posse do solo, em que é possível a detenção, o *Jhering* aceita que a propriedade se externe não pelo estado da cousa, mas, por algum acto do possuidor (utilização) e aqui elle substitue a *situação normal* da cousa pela *manifestação da vontade do sujeito*, dirigida ao proposito juridico, mas, chega ao resultado que a apprehensão (sobretudo actual) do solo é um acto formal, que apenas demonstra a vontade de possuir. A tomada de posse consiste aqui na simples manifestação da vontade.

30 A theoria do *Jhering* é, absolutamente inconciliavel com o Direito Romano, que exige sempre a presença para aquisição da posse.

O interesse do commercio pode exigir alargamentos ao principio, por ex: na propria Roma, a posse do escravo fugido, e, nos tempos modernos, a aquisição da posse de mercadorias pela simples transferencia dos conhecimentos: mas, esses casos são singularidades, excepções, na existencia da posse as quaes excepções não abalam o principio fundamental do instituto.

Jhering, prosegue o *Randa*, em opposição á doutrina tradicional, não acha a essencia da posse no conteúdo da vontade. *Corpus* e *animus* para elle são eguaes. O rendei-o, o locatario, o mensageiro, etc., têm a mesma vontade de possuir. A questão de haver posse ou detenção decidir-se-á por principios externos, de utilidade pratica.

Em regra toda detenção querida é, para ella posse juridica e o juiz deve presumir por isso que ha sempre posse, emquanto o adversario não provar o contrario.

Mas, não tem o *Jhering* base positiva para sustentar seu conceito, manifestamente contrario como elle mesmo confessa, ao ensino de *Paulo*, o principal representante da doutrina romana da posse e a quem elle accusa de *fanatico furioso* em construir systemas, parecendo até por isso haver soffrido alteração de suas faculdades mentaes, quando, entretanto, é evidente o erro do *Jhering* em pretender que o rendeiro, o locatario, o commodatario, o depositario, etc., tenham a mesma vontade de possuir que aquelle que pensa em adquirir a coisa para fazer-lhe sua propriedade.

31 E, fim, observa *Randa*, o *Jhering* apresenta quatro fundamentos para apoiar sua contestação á doutrina tradicional, mas, todos elles improcedentes.

O 1.º é a impossibilidade de provar o possuidor seu animo ou sua vontade de ter tido a coisa para si como dono.

E, esse fundamento não vale, porque a prova da vontade de possuir como dono se faz perfeitamente por indícios, por circumstancias, por presumpções, como se faz a prova do erro, do dolo, da má fé.

E, alem disto, invertendo os termos da questão, pode-se dizer tambem impossivel que o adversario faça a prova da não vontade ou da vontade contraria do possuidor; de modo que, pela nova theoria, não se resolve o problema; desloca-se apenas o onus da prova do possuidor para o adversario, ficando a necessidade della sempre a mesma.

O 2.º é a impossibilidade de conciliar a doutrina subjectiva com certas passagens das fontes romanas. E, a verdade é que só uma ou duas passagens falam em favor da opinião de que a vontade não é necessaria para a posse e, ainda assim, forçando-se a interpretação dellas, porque o certo é que o grande numero de taes passagens fala em favor da theoria dominante.

O 3.º é a impossibilidade de explicar a posse derivada do *Savigny*. E, os casos de tal posse (do credor pignoratício, do sequestratario e do prearista se explicam perfeitamente por excepções á regra; o que não é de admirar porque, sendo para elle a regra que a detenção querida é sempre posse, ha casos, mesmo de detenção querida, que não gozam da protecção dos interdictos.

O 4.º enfim, é a impossibilidade de justificar a theoria subjectiva diante do principio — “*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*”. — Em face dessa regra é impotente a vontade do sujeito; ella não determina a relação possessoria.

E, tal affirmativa só seria exacta si o direito objectivo reprimisse *preventivamente* a vontade illegal, si pudesse frustral-a. Na realidade, porem, o que acontece é que o direito só pode proceder *repressivamente* contra o facto illegal; só pode afastar ou remediar seus effeitos: e, portanto, cada um pode mudar, sempre que deseje, a causa de sua posse.

32 Clovis, “Projecto do Codigo Civil”, “Introdução”, adverte que a doutrina tradicional da posse, um momento desorientada pela obra genial do *Jhering*, segundo *Duquesne*, vai recobrando animo e se recusa a seguir o sabio romanista pelas ultimas veredas que elle traçara. E’ certo que, na Allemanha, sobretudo, se travou um largo e profundo debate do qual resultou, porem, o reconhecimento de que se havia dado um valor excessivo ao poder da vontade subjectiva. Si *Carlewa*, *Kuntz*, *Bekker*, *Dernburg*, na Allemanha; *Salleilles*, *Cuq*, *Adibert*, *Duquesne*, em França; e *Ascoli*, na Italia, não acceitam a doutrina de *Jhering* em sua integridade, estão mais proximos delle do que de *Savigny*.

33 E por sua vez, *E. Cuq*, “*Ins, Jur. des Romains*”, vol. 2.º, cap. 3.º, III, diz que a posse exige para a sua existencia um elemento material (*corpus*) e um elemento intencional (*animus*) sobre cujo ponto toda gente está de accordo.

Quando, porém, se trata de definir os dous termos, apparecem as divergencias, pois segundo os *Glossadores*, o *corpus* implica uma apprehensão da cousa, uma tomada de posse material; segundo *Savigny*, não é indispensavel a tomada de posse, bastando que se tenha a possibilidade de realizal-a, como si o objecto se acha em presença do possuidor ou sob sua guarda; segundo *Jhering*, é o facto de se conduzir alguem para com a cousa como faria um proprietario. facto que, no entanto, depende da natureza da cousa e dos costumes sociaes.

Essas divergencias, salienta elle, parece traduzirem as differentes phases de evolução da noção da posse, prevalecendo na primeira a grosseira concepção puramente materialista, na segunda, já uma concepção menos acanhada e, por fim, na terceira, uma concepção mais abstracta e mais conforme ás exigencias da vida social.

Mas, quanto ao *animus*, segundo a opinião dominante, elle consistiria na intenção manifestada de se comportar o individuo como proprietario e de pretender a propriedade da cousa. E' essa intenção o *animus domini*, que o *Jhering* combate porque a posse não depende da vontade do possuidor. porque a prova directa do *animus domini* não pode ser feita e porque o *animus* não é um elemento particular á posse, visto como elle se acha em toda detenção.

O *animus* e o *corpus* não são dous elementos distinctos; mas, o *animus* é inseparavel do *corpus*.

Si *Jhering*, continúa *E Cuj*, se tivesse conservado nesse terreno, teria encontrado uma adhesão unanime; mas, elle chegou a dizer que não ha differença entre a posse e a detenção, o que é uma exaggeração manifesta.

Si a detenção implica um elemento intencional como a posse, isto não quer dizer, porém, que o *animus* do detentor se confunda com o do possuidor. Os textos provam que ha um animo especial para a detenção, que não se encontra na posse e que, em certos casos, o animo do detentor se transforma no

animo necessario para adquirir a posse. E' preciso, pois, manter a distincção theorica da posse para a detenção

Aquelle que apparece como o senhor, de facto, da coisa e que tem a vontade de sel-o, é o possuidor, conclue *E. Cuq.* Aquelle que não pretende um gozo independente, que age como subordinado (colono, locatario) ou como guarda (depositario, mandatario) não é mais do que um detentor. De onde se segue que a vontade do possuidor é presumida até a prova em contrario.

Capitulo V

Outras Theorias Possessorias

34 Alguns autores têm procurado apresentar uma theoria intermediaria da posse, como principalmente fizeram *Pininski* e *Randa*, na Allemanha e *Salcilles*, na França.

Astolpho Rezende, no seu livro "Da Posse", n.º 27, nos dá conta da theoria do ultimo pela maneira seguinte:

—“Salvo as *res nullius*, isto é, as cousas abandonadas, toda cousa está affecta á satisfacção das necessidades de um individuo ou de uma collectividade.

Prescindindo-se da idéa de collectividade, é indubitavel que toda cousa não abandonada é explorada por alguém que della se serve ou crê satisfazer com ella suas necessidades em frente de todos e contra todos; *todas as cousas se acham ao serviço economico de alguém*. Segue-se dahi que, relativamente a todos os objectos do mundo physico, alguém ha que deve ser considerado como aquelle que os tem sujeitos a seu serviço; entre a cousa e o que della se serve existe um *vinculo de subordinação economica*. Esta subordinação e explora

ção economicas não suppõem necessariamente realizado um acto de senhorio sobre a cousa, nem sequer que esta apprehensão seja possível no momento nem, finalmente, que exista o dominio do homem sobre a cousa, suppondo que o tenha tido alguma vez.

A relação, á que se faz referencia, consiste simplesmente em que para toda cousa haja alguém de quem se possa dizer que é dono della, mediante o exame do conjuncto de circumstancias externas que caracterizam a relação que tem estabelecido com a cousa. A tomada de posse material é, certamente, e de um modo normal, o que pode constituir esse estado de facto e este vinculo de appropriação; mas, excepcionalmente, pode occorrer que haja alguém que deva ser considerado como o senhor actual da cousa, sem que haja qualquer tomada material de posse.

Recorde-se o facto do javali, que cae na armadilha: antes que o caçador se apodere delle, não se pode dizer que se acha em seu poder; não obstante, o acto do caçador, armando o laço para pegal-o, indica que o caçador é que deve ser considerado o apprehensor delle. Não realizou, todavia, a apprehensão, porque qualquer pessoa se pode apoderar do animal antes delle; entretanto, se descobre nelle a pessoa que se deve apropriar da cousa; a relação de dependencia economica que deve existir entre a cousa e a pessoa a quem está submettida dá-se aqui necessariamente em beneficio do caçador, com preferéncia sobre os demais. Em uma palayra, as vezes são determinadas circumstancias externas e visiveis que demonstram aquelle que se deve servir della em face de todos, embora este não tenha realizado nenhum acto de dominação sobre a cousa.

Distingue-se essa theoria da de *Savigny*, porque este faz consistir a posse em um acto de apprehensão realizada ou prestes a se realizar; ao passo que a opinião do *Savilles* se funda na manifestação de um vinculo economico entre a pessoa e a cousa de cujo vinculo o corpo possessorio é uma prova ou expressão visivel. Não é o acto brutal da apprehensão

já realizado ou prompto a realizar-se; mas, a manifestação externa de um vínculo de apropriação entre o homem e a coisa, manifestação que pode ser puramente espiritual.

Distingue-se também da *theoria* do *Jhering*, porque este vê no corpo possessório a manifestação de um vínculo de apropriação entre a coisa e a pessoa; mas, essa relação tem para elle um nome na esphera jurídica; não se preoccupa com o aspecto economico, isto é, com o facto externo, senão com o aspecto juridico positivo e, por isso, deve ser uma relação de apropriação que se corresponda com o direito de propriedade; é um vínculo de apropriação jurídica. Para *Saleilles*, porém, a posse é um vínculo de apropriação economica, que exclue deste conceito, por consequente, tudo que é relativo ao direito positivo e se limita a ver nella uma situação que só tem de jurídica a aspiração, que a caracteriza, a que se reconheça e imponha, em frente de terceiros, como situação definitiva e estável.

Em *summa*, conclue *Saleilles*, o que constitue o corpo possessório é um conjuncto de factos susceptiveis de revelar uma relação permanente de exploração da coisa posta ao serviço do individuo, entre aquelle a quem os ditos factos se referem e a coisa que elles tem por objecto.

35 *Inquiesne*, "Distinction de la Possession et de la Detention", também informa á pag. 269, que *Saleilles* vê na posse uma noção antes economica que jurídica. Elle a define a "manifestação da apropriação economica no dominio das cousas externas". A posse seria a forma primaria da apropriação individual antes de tudo protegida pelos costumes do que pelos pretores. Mais tarde, quando pela forte pressão do Estado, o dominio foi constituido, a posse guardou seu logar historico no dominio do direito: ella ficou a forma *summaria* da apropriação individual, protegida pelo pretor. Ella conservou sempre essa independencia *vis á vis* da propriedade e ficou uma certa senhoria de facto protegida por si mesma. Por toda parte onde ella se encontrou com a propriedade,

arrastou em proveito desta o benefício da protecção possessória.

Porem, ella pode existir onde a propriedade é simplesmente possível, como quanto ao possuidor de boa ou má fé e onde a propriedade é impossível, como quanto ao possuidor do solo provincial ou os possuidores derivados. Em todos esses casos, ella vale para essas differentes pessoas o benefício da protecção possessória.

36 A theoria do *Salleiles*, reproducção da do *Pininski*, é considerada por *Astolpho Rezende* como a melhor, no que é acompanhado por *Stolfi*, que tambem acha ella preferivel, porque o *corpus*, como elle diz. — “não é o contacto material da cousa — tanto é verdade que não existe em alguns casos nos quaes, entretanto, se verifica tal contacto: por ex., si alguém, sem sabel-o, tenha sob os pés moedas, ou o preso tenha nos pulso: as algemas, ou em um adormecido sejam postas algumas cousas nas mãos —; mas, é uma manifestação exterior que revela a intenção de possuir a cousa.” —

‘Todavia essa theoria ainda se mostra defeituosa.

O *Randa*, ob. cit. § 2.º, observa razoavelmente que, uma cousa nos serve quando ella se acha em estado de nos dar algum proveito economico ou uma utilidade qualquer; mas, para isto é preciso, antes de tudo, que a *cousa esteja em nossa esphera de acção, fora de qualquer influencia estorvante de outrem*.

Ora, sendo assim, tal theoria é a mesma theoria corrente do poder sobre as cousas conduzindo ao mesmo resultado, desde que todas as cousas servem ás mesmas necessidades economicas do homem e o direito protege e facilita a satisfação dessas necessidades.

Ella mesma não dispensa a tomada de posse material das cousas, que se diz ser o que normalmente constitue o estado de sujeição dellas e o vinculo de apropriação, achando-se apenas que, por excepção, pode haver o senhorio dessas cousas sem aquelle tomada de posse, occorrendo circumstancias ex-

ternas e visíveis, que demonstrem ser a pessoa a dona da coisa, embora não tenha ainda realizado o acto de dominação.

Ainda mais, a theoria nova não dispensa também a intenção de ter a coisa para si, como dona, pois exige um acto que revela ser o possuidor aquelle que tem a coisa sob sua dependência, em uma situação normal e permanente.

Logo, essa theoria nada tem de original. Mas, não é só. Ella não se acha isenta de erro, porque, nem sempre coincidem as idéas de dominação e de utilidade economica, pois, as vezes nós collocamos cousas de nesso serviço economico fóra do nosso poder: de facto ou mesmo sob poder estranho e, nem por isso, perdemos a posse dellas; e outras vezes, também retiramos do serviço cousas que já não mais prestam utilidade, sem que por isso igualmente renunciemos á posse dellas.

E, enfim, essa theoria é falsa, porque leva á conclusão de que, fica fóra da posse tudo aquillo que não esteja em nossa utilização economica, quando ha também cousas que, embora não estejam nessa utilização economica, todavia têm para nós um certo interesse particular, até de affeição, pelo qual muito nos merecem, e pelo qual a lei também protege e garante a posse dellas.

Enfim, essa theoria não distingue a posse de cousas corpóreas e incorpóreas, desde que, em ambas as relações, a coisa se vê á pessoa. A geral indeterminada disposição da vontade possessoria, como do fim pratico de ter o uso para si, deixa-nos na obscuridade.

E pode se acrescentar ainda que a posse, embora utilização economica das cousas, aspecto que o *Jhering* não esqueceu, mas, ao contrario do que se diz, reconheceu e definiu, não podia nem pode ser considerada fóra do direito, que a delimita e protege, em beneficio dos individuos e da collectividade.

37 Outra theoria, e muito mais importante do que a exposta acima, é a theoria do proprio *Randa*, porque é a theoria tradicional do *Savigny*, apenas modificada e alargada, não

somente quanto ao conceito da posse, como tambem quanto aos direitos pessoaes, que ella reconhece e justifica.

Com effeito, o *Randa*, já definiu a posse de um modo muito mais largo que o *Savigny*, porque para elle a posse não é aquelle simples poder physico immediato, a detenção corporal da cousa; mas, antes, a possibilidade de disposição effectiva da cousa, alcançando esta, uma vez realizada, como consequencia, a sujeição das cousas á nossa vontade, embora nosa distancia dellas seja grande, até onde se respeitar essa nosa vontade.

Elle acha que a noção da posse não dispensa os dous elementos: o elemento da dominação effectiva sobre a cousa e a vontade de tratar a cousa como propria, devendo-se, porem, notar desde logo que a noção do senhorio effectivo não se limita á detenção, em sentido estreito, isto é, á detenção corporal, ao poder physico immediato sobre a cousa; assim como pensa que a questão sobre a existencia dessa dominação effectiva, é uma questão que se resolve em face dos casos praticos da vida, um facto de experiencia — “*eine Erfahrungsthatsache*”. —

Elle conclue a exposição de sua doutrina dizendo-nos considerar a posse — “a dominação effectiva sobre uma cousa com a vontade de possuil-a — “*die faktische Herrschaft uber cine Sache, mit dem Besitzwillen*” — e que, portanto, não são verdadeiramente possuidores, por lhes faltar o requisito do *animus domini*, embora tenham a cousa em seu poder no proprio interesse e sejam protegidos pela lei em vista de um motivo de utilidade pratica, o usufructuario, o credor pignoratício, o locatario, etc.

Não é ainda o *Jhering*; mas, tambem já não é puro *Savigny*.

Todavia, o *Randa* ficou preso ao facto exclusivo da vontade para distinguir a posse da detenção, como faz o *Savigny*; o que é manifestamente inconveniente.

Capitulo VI

A Melhor Theoria

38 A questão da posse é difficil de resolver por causa dos textos da legislação romana, que não são de uma só época, nem de um só jurisconsulto, nem colleccionados por uma só pessoa.

Já conhecemos a opinião de *E. Cuq*, "Inst. Jur.", sobre as tres phases de evolução porque passou o Direito Romano.

Dernburg, "Pandette", vol. 1, § 6, por sua vez, assera que os redactores, chamados compiladores, acolheram o direito existente na forma que lhe deram os juristas classicos nos seus escriptos e os imperadores nas suas constituições.

Os autores do *Corpus Juris* desenvolveram uma actividade independente, sobretudo na escolha e na adaptação das respostas tradicionaes ás relações do seu tempo. Dahi resultam os meritos e os defeitos dessa obra legislativa. Não se podia, com o methodo adoptado, obter uma successão rigorosamente systematisada, uma ordem facilmente perceptivel, uma plena unidade... Um só pensamento não conduz de um texto ao outro". —

A' cada momento surgem as duvidas, as contradicções, as divergencias na interpretação de taes textos e, por isso, as

diversas theorias sobre certos institutos, nomeadamente o da posse.

39 A noção de posse, do *Savigny*, é, realmente, muito estreita, conforme declarou o *Jhering*. Ella não é somente o poder de dispor physicamente das cousas e de defendel-as contra toda acção estranha, porque, cada um observa, por si mesmo, que a posse é mais do que isso; é um poder que não desaparece com a sujeição immediata e actual da cousa, que se mantem na ausencia do possuidor e até mesmo fóra do alcance da defesa contra acções estranhas; de modo que, nesse ponto, procede a crítica.

Porem, não chega a ser errada, como diz o *Randa*, a idea fundamental da concepção do *Savigny*; porque a posse se funda na apropriação das cousas e a essencia da apprehensão está no acto que proporciona o poder de facto sobre as cousas.

O proprio *Jhering* confessa no seu escripto sobre o *Corpus Possessionis* "Appendice ao Fundamento dos Interditos" que — "historicamente é possivel ter o desenvolvimento da posse começado geralmente pela idéa do poder de facto sobre a cousa". —

A posse, na verdade, começou pelo poder de facto directo e actual, para se ir distendendo pouco a pouco com a expansão da vida moral, politica e economica do povo, até tornar-se o simples poder de agir sobre as cousas com a protecção da lei, mesmo na ausencia, mesmo á distancia, mesmo sem a consciencia da situação, mesmo que as cousas fossem incorporeas, mesmo que se procedesse por intermedio de outras pessoas.

A base da posse só podia ter sido a detenção concreta da cousa, sobre a qual tivesse a pessoa os pés, ou estivesse nella sentada, ou a agarrasse com as mãos, porque, no velho tempo, só se adquiria o poder pela força e por meios materiaes, segundo ensina o *Dernburg*, "Diritti Reali", vol. 2.º, § 178.

Mas, depois, com o tempo, essa detenção se foi convertendo do simples poder physico em um poder abstracto; da

apprehensão *corpore et tactu* em apprehensão *oculis et effectu*; da simples faculdade material em faculdade moral e juridica, garantida por uma *somma de inponderaveis*, na expressão do *Randa*, consistentes nas leis, nos costumes, na honra dos cidadãos, no sentimento do dever, no desenvolvimento geral e economico, etc.

Portanto, não foi errado o pensamento fundamental do *Savigny*: foi apenas insufficiente sua formulação.

O *Randa* mesmo nota que, tendo a posse sido elevada á categoria de direito pela protecção da lei, ella foi modificada na sua natureza originaria, adaptando-se ás necessidades da vida e tomando novas formas segundo conveniencias moraes, politicas ou economicas; razão pela qual, a posse ora é reconhecida, quando, entretanto, lhe faltam condições de facto, como no caso dos incapazes; e, ora, não o é, quando, entretanto, taes condições se realizam, como no caso das cousas prohibidas pela lei.

O *Jhering*, porem, collocando no lugar do pensamento fundamental de *Savigny* a sua concepção, parece que se excedeu tambem na sua formulação e, dizendo-nos ser a posse a visibilidade, a effectividade, a exterioridade da propriedade, o exercicio della, não fazendo questão do corpo nem do animo, para somente tomar em consideração a relação exterior do homem com a cousa, o modo de se conduzir este, como faz normalmente o proprietario com as suas cousas no estado ordinario em que ellas cumprem seu fim economico, affigura-se-nos ter dado da posse una noção vaga e confusa que, nem encontra apoio nos textos romanos, nem se adapta sempre aos casos praticos da vida.

Assim, a noção do *Jhering* se nos apresenta vaga e confusa, porque não distingue a posse da detenção, nem da justaposição local, situações estas que são tambem visibilidades, effectividades, exterioridades, exercicios da propriedade, relações externas da pessoa com a cousa, parecendo as do proprietario com os seus bens. E, entretanto, conforme nos ensina elle mesmo, essas situações se estremam completamen-

te umas das outras, porque, na sua expressão, "Du Role de la Volonté dans la Possession", 121 : — "a simples relação de proximidade local é desprovida de toda significação jurídica: essa relação só se torna posse com a vontade da pessoa.

Sem vontade não ha relação possessoria; e é isto mesmo que dizem os textos romanos. E. ainda mais, á pag. 44 : — "a detenção é uma relação da pessoa com a coisa provida de effeitos juridicos; mas, de effeitos menores que os da posse.

Na escala das relações juridicas do homem com as cousas. a detenção occupa o ultimo lugar, porque o primeiro é da propriedade e dos *jura in re*, o segundo, da *bonæ fidei possessio*, o terceiro, da posse e o ultimo, da detenção". —

E, por fim, ainda o *Jhering*, baseia toda sua theoria na distincção da posse e da detenção, não pela vontade do sujeito, como queria *Savigny*, mas, por um elemento objectivo, a lei, que dispõe então sobre as *causæ possessionis*.

E, portanto, a formulação do conceito da posse feita pelo *Jhering*, tambem nos apparece insufficiente e um tanto contradictoria.

40 Alem disto, o *Jhering* não encontra nos textos apoio para a sua theoria:

E' certo que elle chama em seu soccorro a lei 2, do tit. 32, 7, do velhoCodigo Romano, um Rescripto do Imperador Alexandre Mauro, onde se fala de *agor como dono*.

Mas, alem de ser esse texto o unico que elle cita, accresce que nelle se trata especialmente do caso de um comprador que adquirira a posse do bem, com o consentimento do vendedor.

Eis abi a decisão imperial: — "Menos instruido está aquelle que te informou que tinhas sido induzido a uma posse nulla daquillo que compraste por procurador: desde que tu allegas, que por muito tempo estiveste na posse e, em tudo agiste como dono. Ainda que realmente não se tenha mencionado no instrumento do contracto como a posse te foi trans-

mittida, contudo, pela verdade da cousa, isto *o conseguiste porque estiveste na posse com sciencia do vendedor.*” —

Do exposto se vê que, si ali se diz incidentalmente — “desde que tu allegas ter por muito tempo estado na posse e em tudo agido como dono” — todavia, o pensamento capital do Rescripto Imperial foi decidir que, *não se tendo mencionado no instrumento do contracto como a posse foi transmitida, ella passou para o comprador, desde que este entrou na posse com sciencia do vendedor.*

41 E, enfim, a noção do *Jhering* não se adapta a todos os casos; mas, ao contrario, falha em muitos, porque nem sempre coincidem, conforme salienta o *Randa*, a visibilidade e a situação normal das cousas; desde que nem sempre podemos reconhecer, de facto, pela simples inspecção ocular, si certas cousas estão ou não na propriedade de alguém; desde que se precisa negar ás vezes a posse, embora se ache a cousa exteriormente visível, em situação normal; e, ao contrario, outras vezes, não se ache a cousa em situação normal, mas nós continuamos a ter sobre ella a posse; desde que, nem sempre são identicos o estado normal das cousas e o estado em que ellas preenchem seu fim economico; e desde que, enfim, acontece mesmo que podemos esconder bens, occultar objectos, enterrar thesouros sem que percamos sobre elles a posse, não obstante, entretanto, elles se conservarem invisiveis por muito tempo.

Não é só.

42 Quanto á posse do solo, é certo que os romanos exigiam sempre para a aquisição della a *presença e o consenno* das pessoas, de modo a não se poder fazer da apprehensão, como quer o *Jhering*, um simples acto formal, que somente deve justificar a vontade de possuir, a tradição se operando pela declaração da vontade. Si na lei 21, tit. 2, l. 41, do Dig., se dispõe que: — “não é só pelo corpo e contacto que necessariamente se adquire a posse, mas tambem pelos olhos e in-

tenção" — isto já é uma modificação á regra, visto que o interesse do commercio foi exigindo alargamentos ao principio da presença corporal do possuidor, como aconteceu com o escravo fugido, em Roma, e, modernamente, com a transferência das mercadorias pelo respectivo conhecimento.

Contudo, a regra não era esta.

Assim na lei 1, § 21, tit. 2, se lê:—

"si eu mando ao vendedor entregar a cousa comprada ao meu procurador *scja com ella presente*; ...porquanto se tem ella por entregue, *si as partes consentirem, em presença da cousa*.

Assim na lei 2, § 21, tit. 2, se lê:—"não se deve crer, entretanto, que aquelle que deseja tomar posse de um terreno, deva percorrer todas as suas partes: *basta entrar em qualqu r parte delle, desde que tenha a vontade e intenção de possuil-a todo até os seus limites*". —

Assim, no § 3, dessa mesma lei, *Neracio e Proculo* dizem: — "que não se podia adquirir a posse só pela intenção, si não fosse precedida da *apprehensão natural*". —

Assim, na lei 18, § 2.º, se lê — "não menos começo a possuir o terreno, *si eu ponho os pés no limite delle*"; — etc.

43 Quanto aos elementos constitutivos da posse, *Jhering* os aceita, embora com restricções.

No que toca ao primeiro, o *corpus*, elle define aquella relação exterior da pessoa com a cousa, o que, afinal, si é uma noção imprecisa não é falsa, porque, tambem, a posse é uma relação de poder do homem com as cousas.

Mas, no que toca ao segundo, o *animus domini*, o *Jhering* não tem razão em negal-o, sustentando ser esse animo a mesma vontade que provém de qualquer deliberação do individuo, animo que tanto existe na posse quanto na detenção e, que, não pode deixar de existir, porque não ha posse para as pessoas que são incapazes de manifestar sua vontade.

Aqui é patente a exaggeração do *Jhering*, conforme a nota do *E. Cuy*, porque, si é verdade que a detenção implica

um elemento intencional, como a posse, dahi não se segue que o animo do detentor se confunda com o do possuidor. Os textos provam que ha neste ultimo um animo especial e, fóra mesmo dos textos, todos sentem que ha, naquelle que se apropria da cousa para sujeital-a á sua dominação, um animo differente do que não quer a cousa para si ou que apenas a recebe de outrem para um certo fim. Pela modo de proceder com a cousa revela o individuo uma dessas intenções, completamente diversas.

E, mesmo para as pessoas que não podem conscienciente-mente manifestar este ou aquelle animo especial, não deixa de haver posse, porque á relação exterior do inconsciente com a cousa, pode-se ajuntar a vontade commum ou especial de seu representante legal.

E, tanto mais parece assim, quanto é possível ao adquirente da cousa com a intenção de fazel-a sua propriedade, mudar de idéa e começar a possuil-a para outrem ou vice-versa, tendo começado por apropriar-se da cousa para outrem, passar a possuil-a para si, com o proposito de sujeital-a ao seu dominio.

44 Sobre a prova da vontade de possuir, entretanto, posto seja verdadeira a allegação do *Randa*, de que ella pode ser feita por meios indirectos, por indícios, como acontece no erro, no dolo, em todos os casos de má fé, visto que todo acto juridico é a manifestação da vontade, do animo da pessoa, tendo por fim, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, e, entre as provas dos actos juridicos, se acham as presumpções todavia, tem aqui o *Jhering* razão em preferir ao criterio da theoria subjectiva um criterio objectivo, que determine inequivocamente em que casos ha posse e, em que casos não ha, porque, realmente, assim se facilita o trabalho das partes e a tarefa dos juizes e se dá uma base mais firme ás relações juridicas.

45 E, igualmente, tem, tambem razão o *Jhering* em

sustentar, como fez, que a posse foi incontestavelmente um facto que se transformou em direito, porque ella é um poder concedido pela lei e na phrase do *Lafayette*, "Dir. das 'Cousas'", porque inclue em si a faculdade de invocar os interdietos, subsiste ainda na ausencia do possuidor, se adquire e conserva por via de representantes, liga-se á personalidades civis destituidas de vontade propria, transmite-se por successão, é susceptivel de apreciação pecuniaria e pode ser recuperada quando perdida.

É um direito, sobretudo, porque é um interesse do homem ás cousas da vida, interesse que a lei protege e devia mesmo proteger, visto como o fim de todo direito é o interesse querido, como satisfação das necessidades humanas, sem a qual o individuo não expandiria sua personalidade, nem conseguiria realizar seu bem estar e o da communhão social de que faz parte.

Ella é, como bem se exprime o *Jhering*, na sua "Theoria Simplificada da Posse, n.º 13, — "*O direito de se prevalecer o possuidor de sua relação com a coisa até encontrar alguém que o despoja della, pela prova do seu jus possidendi*".

46 Todavia, os efeitos directos e immediatos da posse só podem ser, o da presumpção de propriedade, o poder de invocar os interdietos, e o usucapião, porque como reconhece afinal o proprio *Savigny*, os outros exigem requisitos extranhos a ella, como sejam o tempo, a boa fé, o justo titulo, segundo lembra o *Mainz*, "*Droit Romain*", vol. 1, § 166.

47 Relativamente á protecção possessoria, tivesse ella tido origem na necessidade de proteger o *ager publicus* ou não, parece que o motivo não foi somente o desejo de proteger a propriedade, facilitando a prova della; mas, a consideração tambem da pessoa, que se quiz certamente resguardar, numa sociedade regularmente organizada contra qualquer violencia, impedindo as reacções particulares e evitando que

cada um fizesse justiça por si mesmo, tanto mais quanto a posse constitue realmente uma presumpção de propriedade, porque anda sempre ligada com ella.

48 A posse, sendo o poder de nos mantermos numa situação concedida pela lei, até que se prove que não temos razão para insistir nella e devemos então della ser desalojados, é natural que comprehenda todas as cousas corporeas e incorporeas e, portanto, se estenda a todos os direitos reaes e pessoas, como quer o *Jhering* contra o *Savigny*.

49 Desta maneira, precedem tres dos fundamentos em que allega o *Kanda*, se baseou o *Jhering* para combater a theoria tradicional do *Savigny*.

Assim procede o primeiro, na ordem em que elles se acham enumerados, porque, realmente, ha muito mais facilidade e segurança em provar o obstaculo legal ou convencional á posse, na theoria objectiva, do que em provar a existencia da vontade de possuir a coisa para si com animo de dono, na theoria subjectiva, embora não seja impossivel fazel-o.

Assim procede o terceiro porque, realmente, não se justifica pela theoria subjectiva da necessidade do *animus domini*, a existencia da posse nas pessoas dos credores pignoratícios, dos precaristas, e dos sequestratarios, que apenas têm a coisa sob seu poder com o *animus possidendi*, reconhecendo o senhorio de outrem e só por certo tempo.

Assim procede o quarto, porque realmente a regra — ninguém pode mudar por sua propria vontade a causa de sua posse — é verdadeira.

É certo que a lei não pode impedir a vontade illegal, frustal-a; mas, apenas proceder repressivamente contra o autor do facto illegal; porem é certo tambem que tal regra é um impedimento, um obstaculo estabelecido pela lei e cuja violação descaracterisa a posse, converte-a em uma detenção viciosa e indigna por isso da protecção judiciaria, emquanto não fôr expurgada de seus vicios.

Somente não procede o segundo. *Jhering* não pode sustentar contra o *Savigny* que o *animus domini* não seja necessário para assignalar a posse e differencal-a da detenção.

E' verdade que a lei 21, tit. 3, L 41, do Díg. diz, que : — “o filho familia comprador de cousa alheia, ignorando já ser pae de familia pela morte de seu progenitor, começa a possuir a cousa desde a tradição”. —

E, que a lei 44, n.º 4, *ead. tit.*, diz, que — “si aquelle que possuia um terreno julgando-se herdeiro, o locou ao verdadeiro dono, fez locação nulla porque ninguem pode tomar do aluguel sua propria cousa: de onde se segue que elle não continua a deter a posse da cousa pelo locatario”. —

Mas, alem de terem esses textos outra motivação de lei, são elles somente dous; ao passo que muitos são os que exigem o *animus* para a adquisição da posse.

50 Por conseguinte, não tem razão o *Jhering* na sua asserção, nem em face dos textos, nem em face dos factos.

Vejamus em face dos textos, conforme o *Corpus Juris*, na L 41, tit. 2, “De acquirenda vel Ammittenda Possessione.”

Em primeiro logar fala o *Paulo*, o principal representante do pensamento romano sobre a posse segundo todos reconhecem.

Diz elle, na lei 1, 3, que : — “um furioso e um pupillo não podem começar a possuir senão pela autoridade de seu tutor ou curador, porque ainda quando possam tocar as cousas com suas mãos, não têm a intenção de ser possuidores dellas.” —

Diz mais, na lei 3, § 1.º : — “adquirimos a posse pelo corpo e pelo animo; não só pelo corpo, nem só pelo animo”. —

Diz ainda, no § 3.º : — “*Neracio e Proculus* ensinam não se poder adquirir a posse só pelo animo, si não anteceder a posse natural”. —

Diz tambem, no § 6.º : — “no perder a posse se considera igualmente e a intenção de quem possui, de modo que, si estás em um terreno e, todavia, não queres mais possuil-o, perdes a posse delle.

Diz egualmente, na lei 8: — “de modo algum se pode adquirir a posse *sem corpo e sem animo*”. —

Diz, enfim, na lei 41: — “quem pelo direito de familiaridade penetra no terreno do seu amigo, não se presume possuil-o, porque não entrou *com o animo de possuil-o* embora esteja *com o corpo no terreno*”. —

Mas, não é somente *Paulo*.

Assim, *Marcello*, na lei 19, § 1.º: — “cogita-se daquelle que, tendo a posse pelo *corpo* e pelo *animo*, resolvesse possuir por outra causa.” —

Assim, *Celso*, na lei 18, pr.: — “o que possui em meu nome, posso possuir em nome alheia, porquanto não mudo a causa de minha posse, mas, deixo de possuir e *faça outro possuir por meu intermédio*”. —

E, mais: —

Proculo, na lei 27: — “porque o furioso não pode perder o *animo de possuir*.”

Ulpiano, na lei 29: — “é certo poder perder a posse o pupillo sem autoridade de seu tutor, si, não pelo *animus*, mas, pelo *corpus*, deixa de possuir.”

Papiniano, na lei 44, § 2: — “porquanto, fóra do caso de peculio, a posse é bem adquirida pelo senhor, por intermédio do *corpo do escravo*, desde que haja o *conhecimento do senhor*.”

Javoleno, na lei 51: — “de algumas cousas nos diz *Labéon* que nós adquirimos a posse pelo *animo*: como si eu compro uma porção de madeira e o vendedor me manda conduzi-la e eu tenho a guarda, *se presume a sua tradição*”.

Os proprios termos, *animus domini*, si não são encontrados assim mesmo em sua integridade nas fontes romanas, como adverte *Mainz*, ob. cit., vol. 1.º, § 167, nota 6, todavia são representados por equivalentes, que nos dão aquella idéa de dominação.

Assim é que a lei citada do velho Código, 7, § 32 cons. 2, diz: — “desde que, como allegas, estiveste na posse por muito tempo e *agiste em todas as cousas como dono*”. —

É assim é que, na lei 3, § 7, do Dig. L. 4 3, tit. 17, se diz : — “porem, si sobre a casa que eu possuo for feita uma construcção em que outro more a *titulo de dono*”, ou *com si fosse dono*, etc.

51 *Duquesne*, “Distinction de la Possession et de la Detention”, afirma que o exame da doutrina dos glossadores nos leva ao resultado que, fóra mesmo da “Paraphrase grega das Institutas”, se encontram nos proprios textos romanos muitos traços de que a posse se caracteriza *pela vontade de se comportar como proprietario*. E, depois, com o apparecimento da “Paraphrase”, se tornou clara e precisa a distincção entre posse e detenção pelo *animus domini*, como ensinaram *Duaren* e, posteriormente, *Donello*, *Cujacio* e outros até *Savigny*.

Pelo que, em resumo, o *animus domini* é signal da posse, havendo, porem, três excepções quanto ao credor pignoraticio, ao precarista e sequestratario, os quaes só podem ter o *animus possidendi*.”

A vontade de ter a coisa para si como dono é, pois, o distinctivo da posse.

52 Vejamos agora em face dos factos.

É uma lei conhecida de *Psychologia* que o homem age em vista de um fim que sua intelligencia lhe indica, conforme as circumstancias. *Schopenhauer*, “Essai sur le Libre Arbitre”.

É um facto de experiencia diaria que nós podemos ter uma coisa em nossa posse com o fim somente de cumprir as ordens de outrem: o mandatario.

É outro facto de experiencia diaria que nós podemos ter uma coisa em nossa posse com o fim somente de utilisal-a por algum tempo: o usufructuario, o locatario.

É outro facto de experiencia diaria que podemos ter uma coisa em nossa posse com o fim de sujeital-a ao nosso exclusivo dominio, para satisfacção completa de nosso desejo, sem reconhecer nem admittir outro direito sobre ella: o pos-

suidor por conta propria, o *Eigenbesitzer* do art.º 873 do Código Civil Allemão.

E, toda gente comprehende que esses tres factos são determinados por tres intenções diversas, motivadas por interesses diversos, e, portanto, que a vontade do individuo no primeiro caso não é a mesma do individuo no segundo, e, ainda menos, no terceiro, em que o fim é differente dos dous primeiros.

Salleiles, na sua "De la Possession des Meubles" n.º 13, nos dá uma noção clara dessas duas especies de posse. Diz elle: ha senhorio de facto sufficiente para fundar a posse desde que o detentor tem, relativamente á cousa, uma iniciativa pessoal, que lhe confere a dominação pessoal della, ainda que restricta e provisoria, contanto que dure algum tempo e tenha um caracter de independencia propria.

E' a *Eigenbesitz*, dos allemães.

Mas, ao lado desta posse, que é a posse que serve exclusivamente ao interesse de seu titular, existe a *Fremdbesitz*, a posse por conta alheia, que se subdivide em duas outras: aquella que serve tambem, por obrigação ou direito, ao interesse de terceiro; e a que consiste somente no poder material sobre as cousas, para os fins de intermediação ou guarda, que se chama detenção.

E esta é uma verdade tão evidente que o *Jhering* mesmo a reconheceu e confessou, conforme já o mostrámos, fazendo aquella gradação de justaposição local, simples detenção, posse de boa fé e posse independente.

Por consequencia, não tem nesse ponto razão o mestre, ficando assentado que a posse é, no seu sentido proprio o poder sobre as cousas com a intenção de dono.

Capítulo VII

A Posse de Cousas

53 A posse, conforme já mencionamos, começou pelo poder physico, immediato, presente, sobre as cousas que se podiam agarrar ou ter sob os pés ou sobre que se podia estar sentado.

Ella é anterior á propriedade pois antes que se legitimasse pelos costumes ou pelas leis o poder do homem sobre as cousas, elle empregou esse poder, levado pela força imperiosa da necessidade de manter sua subsistencia e as conservou sob seu dominio para occorrer á satisfação das necessidades futuras, que elle cedo comprehendeu se repetiam. No Direito Romano, Dig. 41, 2 fr. 1, disse *Nerva* : — *Domitianorum ex naturale possessione cepisse.*

Os tempos primitivos conheceram só a posse economica de um ben: utilizavel, posse collectiva de uma tribu. cuja protecção estava no facto de que o seu perturbador provocaria a cessação da paz e a vingança do sangue, si não se desse a justa compensação: escreveu o *Clovis*, citando *Herme. Post.*

Depois é que, pelo desenvolvimentq intellectual e econq-

nico dos povos, a posse se foi distinguindo da propriedade, e, tornando-se tambem um poder moral, mediato, independente della para o individuo, ora levando á ella, ora sendo a consequencia della.

As cousas sobre que incidia a posse nos primeiros tempos eram exclusivamente as cousas corporeas e, alem disto, individualmente determinadas de modo que se distinguissem bem umas das outras.

A utilidade das cousas é de uma grande importancia nas relações da vida; mas, aqui se considera sobretudo a forma externa que assignala sua feição caracteristica para evitar as confusões. A forma individualisa cada cousa material, accentua A. Rezende, "Da Posse", n.º 182, e emquanto a forma permanece inalterada, a substancia juridica da cousa permanece identica a si mesma.

Assim uma casa, um navio, podem ter mudado, por successivas restaurações, os primitivos elementos de que se compunham; mas, embora restaurados, conservam a forma primitiva e ficarão sempre os mesmos para o jurista, assim como ficam inalteradas as relações juridicas dessas cousas com as pessoas.

Vice versa, demolida a casa, desarmado o navio, embora não tenham perdido seus primitivos elementos, a casa e o navio não existem mais; perderam a forma e, com ella, a individualidade.

Só não é individualmente determinado o objecto da posse, quando se exerce ou se goza um direito, que visa conseguir uma quantidade de dinheiro ou de objectos que podem como cousas juridicas fungiveis ser substituidas por outras.

54 As cousas são pelo nosso Código:

a) Immoveis ou Moveis, conforme se deslocam ou não, e pela alteração de sua forma e utilidade economica, incluindo-se nas primeiras o solo e seus accessorios, a superficie; o subsolo e o espaço aereo; tudo quanto se incorpora permanentemente ao solo; o que intencionalmente mantem o proprietario

ligado a terra; o que a lei declara tal; e, incluindo-se nas segundas, os bens susceptíveis de movimento proprio ou de remoção por força alheia e os que a lei designa como taes.

b) Fungíveis ou Infungíveis, conforme se podem substituir por outras de igual especie, quantidade ou qualidade; ou não.

c) Consumíveis ou não, os moveis que se destroem ou não pelo primeiro uso, sendo tambem considerados taes os destinados á alienação.

d) Divisíveis ou Indivisíveis, conforme se podem partir em porções reaes e distinctas, formando cada qual um todo perfeito; ou não se podem partir sem alteração de sua substancia; ou que embora naturalmente partíveis, se consideram indivisíveis por lei ou pela vontade das partes.

e) Simples ou Compostas, materiaes ou immateriaes Singulares ou Collectivas; sendo Singulares quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais e Collectivas ou Universaes, quando se encaram aggregadas em todo.

Nas cousas collectivas, dispõe o art.º 55, só em desapparecendo todos os individuos, menos um. se tem por extincta a collectividade.

Na collectividade, fica subrogado ao individuo o respectivo valor e vice-versa.

O patrimonio e a herança constituem cousas universaes ou universalidades e como taes subsistem, embora não constem de objectos materiaes.

f) As cousas são ainda Principaes ou Accessorias, segundo existem por si, abstracta ou concretamente, ou sua existencia suppõe a da principal; incluindo-se nesse numero os fructos, as bemfeitorias e os productos.

g) Publicas ou Particulares, conforme são de uso commum, de uso especial. ou de uso privado da União, dos Estados ou dos Municipios; ou pertencem aos cidadãos.

Enfim, as cousas são Incommerciaveis, ou não, confor-

me são ou não susceptíveis de apropriação ou legalmente inalienáveis.

55 Sobre todas as cousas que estão no dominio ou propriedade particular de alguém, sejam de que especie forem, pode incidir a posse.

A regra se acha estabelecida pelo *Jhering*, "Theoria Simplificada da Posse", IV: "As cousas sobre as quaes um direito de propriedade não é possível, não podem ser objecto de posse no sentido juridico, sendo preciso applicar a mesma regra aos que não podem ser proprietarios. *Ondã a propriedade não é possível, objectiva ou subjectivamente, a posse tambem não o é*". Logo, em tudo quanto fôr possível recair o dominio ou propriedade, poderá igualmente recair a posse.

E, ainda a posse do immovel, por disposição expressa do art.º 498, faz presumir, até prova em contrario, a dos moveis que nelle estiverem, pelo preceito de deverem acompanhar os accessorios ao principal.

Estão naturalmente excluidos, portanto, da posse, por não serem do mesmo modo objecto de propriedade particular, os bens publicos: de uso commum, especial, ou privado da União, dos Estados ou Municipios; assim como estão excluidas as cousas que não se podem apropriar ou alienar.

Spencer Vampré, "Rev. dos Trib", vol. 34, S. Paulo, pag. 385 e seguintes, contesta que os bens publicos dominicaes estejam isentos do usucapião, mas, pensa, ao contrario, que elles, sendo do dominio privado da União, dos Estados ou dos Municipios, podem ser adquiridos pelos particulares em virtude de prescripção.

Entretanto, pensamos nós com o *Clovis*, que, em face do disposto no art.º 67 — "de que os bens de que trata o artigo antecedente (isto é, todos os bens publicos de uso commum, especial e dominical) só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever" — taes bens não poderão passar por modo algum para o dominio dos cidadãos pela posse, ainda que prolongada, de 30 annos.

56 Quaes são agora as cousas que estão fóra do commercio e por isso não podem fazer objecto da posse?

Clovis explica, "Codigo Civil", vol. 1, que a palavra commercio é empregada neste artigo em sua accepção technica de circulação economica ou possibilidade de comprar e vender.

O artigo 69 distingue duas classes de cousas que estão fóra do commercio:

- a) as insusceptíveis de apropriação individual;
- b) as que o direito subtrah á circulação.

Na primeira classe incluem-se: as cousas de uso inexaurível como o ar, a luz, o mar, as cousas publicas.

Na segunda, entram as cousas individualmente apropriadas, mas que por considerações diversas de defesa e protecção ás pessoas, a lei prohibe alienar. Os immoveis doctes e o bem de familia estão nessa classe. São bens inalienaveis ou indisponiveis.

A inalienabilidade é ordinariamente uma prohibição geral de vender ou onerar. Algumas vezes, porem, é uma restricção limitada ao direito de penhorar. Assim é que os vencimentos dos funcionarios, as soldadas dos operarios, as ferramentas dos officiaes, as apolices da divida publica federal, e ainda outros bens ordinariamente alienaveis, não podem ser objecto de penhora por execução de sentença. São impenhoraveis.

Na classe das cousas excluidas do commercio se contam ainda os livros immoraes, as estampas indecentes as substancias venenosas.

57 Pergunta-se :

Estarão tambem excluidos do commercio o corpo e o cadaver humanos?

Clovis diz que sim. O homem, por motivos de ordem moral, não pode ser autorisado a dispor de seu cadaver, allega elle, nem de uma parte de seu corpo. Sobre o assumpto veja-

se nota de *Fadda e Bensa* ao § 40 das "Pandette", do *Windcheid*.

Nós, porém, dizemos que não; e, valemo-nos para isto, do que já publicamos a respeito, nos "Novos Direitos e Velhos Codigos", n.º 5, e que para aqui agora transcrevemos.

« 58 Direito sobre a propria pessoa.

O direito, como bem disse o *Mackeldey* (Dr. Rom. § 2.º), é, pelo seu lado objectivo, a *norma agendi*, e pelo seu lado subjectivo, a *facultas agendi*.

E, como, pelo seu lado objectivo, elle se multiplica em varios direitos que, conforme o fim, são publicos ou privados, civis ou penaes, assim tambem, pelo seu lado subjectivo, o direito se multiplica em varios direitos, que conforme o fim, são reaes ou pessoases, reduziveis a dinheiro ou não.

Entre os direitos pessoases que se não reduzem a dinheiro estão certos poderes que o homem tem sobre sua propria pessoa, modos de ser della, forças physicas e psychicas.

—“Quanto aos direitos sobre a propria pessoa, diz o *Windeheid* (*Pandette*, vol. 1.º, § 40) quando se pergunta si ha direitos sobre a propria pessoa, o sentido dessa pergunta só pode ser si a ordem juridica declara que a vontade do titular é decisiva para a pessoa delle, munindo-o de poderes em relação áquelles que lhe estão em frente, como no conceder um direito real declara que a vontade do titular é decisiva para com as cousas. *Assim posta a questão, não pode ser resolvida negativamente*. Chega-se por tal modo a um direito á vida, á integridade corporea e a dispor do proprio corpo sem obstaculos (“liberdade”).

Mas a doutrina não é pacifica.

O *Coviello*, por exemplo (*Manuale di Diritto Civile* § 9) recusa admittil-os.

Elle affirma que o direito fundamental de todos os outros é o da *personalidade*; que as varias faculdades contidas nesse direito se podem conceber como direitos essenciaes ou

connaturaes ou fundamentaes á pessoa humana, na linguagem dos antigos; mas, não são direitos sobre a propria pessoa.

O conceito do direito sobre a propria pessoa é para elle absurdo, porque distingue no homem duas pessoas, uma sujeito e a outra objecto do direito. Depois, é inexacto tal conceito, porque se toma por sujeito a pessoa na sua inteireza e por objecto as diversas partes da pessoa, suas condições, suas forças.

E é ainda inexacto porque os poderes da pessoa sobre si mesma só são tutelados pelo direito contra violencias externas. Taes direitos são, portanto, inconcebiveis porque não se separam de seu objecto.

Entretanto, não tem razão o Coviello.

Antes de tudo, segundo elle mesmo, ensina: "A personalidade é o direito contendo em si as varias facultades pertencentes a quem é pessoa, justamente porque tal é e emquanto é tal, cujo desconhecimento negaria ao homem a dignidade de pessoa".

A personalidade, explica tambem o Kahlenbeck, (Burg. Gesetzbuch, 1.º § 2.º) — "é mesmo um direito e certamente o direito innato, primitivo da pessoa e, ao mesmo tempo, a presupposição de todos os outros direitos.

Tem-se querido negar-lhe esse caracter de direito subjectivo multiplo, porém, uma cousa não collide com a outra; um direito pode como tal ser muito bem a presupposição de outros direitos, como o de credito era, no Direito Romano, a presupposição do de penhor".

A personalidade é, pois, o direito de ter direitos; é uma colonia de direitos, como já disse alguém. Ora, não ha nenhum absurdo em considerar a pessoa sujeito de direito emquanto o exerce e, objecto quando soffre a acção d'elle.

Outrora isto succedia de modo absoluto e permanente com os escravos; hoje se verifica de modo relativo e temporario com os menores, mulheres casadas, loucos e até locadores de serviços, que são simultaneamente sujeitos de direitos, porque têm poderes sobre as outras pessoas e sobre as cousas

e. objectos de direitos, porque estão sob os poderes de seus pais tutores, curadores, marido, patrões.

Não ha inexactidão no conceito porque, si não se podem separar de facto a pessoa de seu corpo e forças, faz-se mental e abstractamente essa separação, como mental e abstractamente se faz a separação do material e do moral, do physico e do psychico, do real e do ideal, pois tudo é substancialmente de facto a mesma cousa.

“A distincção de duas naturezas no homem é uma inferencia illusoria, que o senso intimo e uma vista mais exacta da realidade desmentem”. — (L. Bourdeau. *Le Problème de La Mort* pag. 83).

Roberto de Ruggiero (*Ist. Di Dir. Civ. Ital.* vol. 1.º, 213) diz a esse respeito: — “é verdade que um effectivo e real des-taque das partes para o todo não é possível; mas, é concebivel abstractamente considerar a personalidade em si, como entidade complexa e autonoma, qual sujeito dos direitos singulares que entram na categoria em exame”.

E, não é ainda inexacto o conceito, pelo segundo motivo allegado, porque si a protecção juridica sobre os direitos na propria pessoa, só se faz effectiva contra as violações externas, isto acontece com todos os direitos e isto basta para significar o reconhecimento de taes direitos.

Assim, não são inconcebiveis os poderes sobre a nossa propria pessoa, pois continuamente fazemos uso delles, transportando-nos daqui para ali, empregando o nosso corpo nesse ou naquelle mister, utilizando a nossa liberdade num ou noutro sentido, alugando os nossos serviços a este ou áquelle.

E, portanto, é perfeitamente justificavel a doutrina dos direitos sobre a propria pessoa, como querem além do Windeheid, o Picard (*Le Droit Pur.* 37 42); o Chironi (*Ist. Dir. Civ. Ital.* vol. 1, 22); o Clovis (*Theoria Ger.* 29, 30); o Spinola (*Systema*, Cap. 2); o Jhering, o Biaggio Bruggi, etc. etc.

E, Fadda e Bensa (Anotações ao Windeheid, 663) acrescentam ser a repugnancia em considerar o corpo, ou,

em genero, a pessoa como objecto de direito, a consequencia do falso presuppsto de que um ente, para poder ser objecto de direito, deva tomar a qualidade de cousa. Isto, porém, é desmentido pelos factos, porque a pessoa pode formar objecto de direito alheio sem ter tal qualidade.

A exclusão tem por base a falsa opinião de que os direitos sobre a propria pessoa, desde que se exteriorizam concretamente, assumem o caracter de direitos patrimoniaes.

E, por fim, fazem elles sentir, nem se diga, como querem alguns que a doutrina é immoral e perigosa, por autorizar a alienação de si mesmo, a mutilação, o suicidio, porque isto é falso: a doutrina dos direitos sobre a propria pessoa não autoriza consequencia nenhuma contraria ao bem do individuo e da sociedade, mas, em vez disso, inspira cada dia mais rigorosas prescripções contra o uso nocivo do direito, contra os abusos de quem quer que seja relativamente á propria pessoa ou contra as outras pessoas, relativamente ás proprias cousas como tambem ás cousas alheias.

Ha, por consequinte, direitos de cada um sobre sua propria pessoa.

†

a) Admittindo que a pessoa tenha direitos sobre si mesma, que especie de direitos terá sobre seu corpo durante a vida?

O Coviello responde: (ob. cit. § 95). Si não é concebivel um direito sobre a propria pessoa, a consequencia é que o corpo não se pode considerar como cousa, isto é, como objecto do direito, enquanto o homem é vivo, porque elle forma uma parte integrante da pessoa humana.

O Dernburg (Pandetta § 69) diz tambem que — “o corpo do homem é parte do sujeito do direito e como tal incapaz de propriedade. O corpo do homem livre não é cousa”.

No velho Direito Romano (Dig., L. 9, tit. 2, 13) está escripto: — *Liber homo, suo nomine utilem Aquiliae habet actionem; directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*”.

As leis penaes e civis protegem o corpo contra todas as offensas, sendo que até o Cod. Civil prohibe contracto de locação de serviços por prazo maior de 4 annos, "*ainda que não concluida a obra*", art.º 1220.

Mas, de tudo isto não se pode concluir que não tenha cada um direito sobre seu proprio corpo, embora dentro de certos limites, por ser mesmo isto indispensavel á vida, á actividade que a existencia requer, á obtenção dos meios necessarios á subsistencia, tanto mais quanto geralmente se admite o direito ás partes do corpo que delle se separam, como os cabellos, os dentes, as unhas e, com maioria de razão ainda, ás partes artificiaes desse corpo, como sejam dentaduras, cabelleiras, pernas de pau, etc.

E, Fadda e Bensa declaram, representando então a opinião da maioria, que realmente, não ha um direito de propriedade sobre o proprio corpo; mas, *temos sobre elle um direito pessoal, especial, sem character patrimonial ou economico.*

b) Não havendo direito de propriedade sobre o proprio corpo, em *vida*, *haverá* sobre o cadaver?

O Kuhlenbeck (ob. cit. vol. 2, L. 3, § 3.º) responde que — "o cadaver é cousa; mas, a piedade prohibe abandonal-o á propriedade do direito privado ou submettel-o, como simples objecto de herança, ás regras communs do direito hereditario. Elle não é nenhuma parte do patrimonio e os herdeiros não podem gratuita nem onerosamente alienal-o; mas são simplesmente autorizados ou obrigados a cuidar de seu enterro para dar-lhe o eterno descanso".

O Coviello (ob. cit. paragrapho 95) acha repugnante á consciencia pia e religiosa considerar commerciaes os restos mortaes do homem que todas as crencas circumdam de respeito.

Todavia, hoje se admite que o homem disponha em vida de seu cadaver para certos fins scientificos; não os herdeiros.

O Ruggiero (ob. cit. 214) pensa que "não se pode desco-nhecer um direito de disposição do proprio cadaver, embora tambem aqui sejam postas limitações por motivo de policia,

hygiene, moral, que vedam efficacia á disposições contrarias ao destino natural do cadaver ou excepcionalmente, ao uso.

O Gabba, (Fôro Ital., 1885) observa que o cadaver do homem não é propriedade de ninguém; sendo, porém, que a competencia para dar regras relativas ao tratamento delle para fins scientificos é exclusiva do Estado, conforme o interesse publico, hygiene, idéas moraes, religiosas.

O destino normal do cadaver humano é ser dado á sepultura, sob a forma que a lei preserove, e esse destino é incompatível com a livre disposição do cadaver.

V. Scialloja, Dice. Dir. Priv. (Diritti Reali), pondera: — “o mesmo conceito domina ainda no direito moderno si bem que as vezes o cadaver se considere como objecto de relações juridicas. As modernas exigencias scientificas têm tornado o cadaver cousa assás util e interessante, independente da veneração que se lhe deve e nada impede que uma peça anatomica seja objecto de contracto. Não faltam além disso exemplos de contractos feitos por pessoas vivas sobre o proprio cadaver futuro, contractos que têm dado logar a graves questões. Em verdade o direito moderno não fornece elementos sufficientes para resolver problema desse genero.

Em these geral, porém, se pode dizer que o cadaver não é cousa; e, por isso, foge ás relações juridicas patrimonias”.

Luiz Dabot (Droit Des Sepultures) nota: — “Conforme uma lei de 1887, o defunto tem todo direito sobre seus despojos mortaes; pode ordenar o embalsamamento a autopsia, o deposito de seu corpo no amphitheatro de medicina; pode regular todas as condições de seus funeraes, o logar, o modo, o transporte, seu character civil ou religioso, sem outra restrição que a resultante das leis e regulamentos; pode regular, enfim, tudo que respeita á sepultura e mesmo á construeção e conservação do monumento funerario que elle designar para sua inhumação.

Deve o individuo ser capaz e sua vontade deve ser expressa em acto valido.



Quando a vontade do defuncto é ignorada ou invalida, herde a seus parentes o direito de regular os funeraes”.

Mas, accrescenta o Dabot, — “o direito de escolher a sepultura e de regular os funeraes é um direito pessoal e intransmissivel”.

Não ha um direito real de sequela ou de reivindicacão do corpo”.

E, na jurisprudencia franceza se apontam decisões condemnando aquelles que se entregam á venda de cadaveres.

Waker's (American Law, 136) escreve que “não ha propriamente um direito de propriedade sobre o corpo morto, contudo, têm os parentes o direito exclusivo de designar-lhe o logar da sepultura, tendo o conjuge a preferencia, si não estiver separado”.

E Fadda e Bensa resumem que não ha propriedade sobre o cadaver visto que os mais elementares principios de ordem publica saude publica, moral social se oppõem ao conceito dessa propriedade.

Mas, si o destino do cadaver exclue a commercialidade, todavia o homem vivo, como consequencia de seu direito especial sobre si mesmo, tem o direito de dispor d'elle para depois de sua morte e não só para os fins communs, mas ainda para fins scientificos, etc.

Não se lhe pode negar esse direito e até o Tribunal de Bergamo tem decidido não haver nada mais sagrado do que a vontade do moribundo, não só quanto a seus bens, mas tambem contra seus despojos mortaes embora outro Tribunal, o de Zurich, decidisse ser nulla a venda do cadaver.

De maneira que a maioria dos civilistas não quer seja o cadaver objecto de propriedade de ninguem, sendo portanto illicita a sua commercialidade; mas, admite que possa haver livre disposicão do cadaver pelo proprio dono d'elle para fins communs ou scientificos e até direito do conjuge sobrevivente ou de seus parentes para os mesmos fins.

E, quanto ao feto, não entrando na categoria de cadaver, porque não chegou a ter a individualidade daquelle, é sim-

ples parte do organismo materno, elle não é igualmente propriedade de ninguem porque é uma *spes hominis*, tem forma humana.

c) Mas, será verdade mesmo que o cadaver não possa ser objecto de um direito real, de um direito de propriedade da propria pessoa ou de seu conjuge ou parente?

As razões apresentadas só se referem ao perigo para a saude publica ou ao respeito que se deve ao cadaver.

Ora, não se tratando de molestias infecciosas, que exijam a providencia immediata da inhumação ou da cremação, o perigo não existe, porque o cadaver pode ser preparado para durar e servir aos estudos e experiencias scientificos, sem d'anno nenhum.

Logo, em geral, o cadaver pode ser objecto de um direito de propriedade, porque é cousa util e, portanto, susceptível de valor pecuniario, para quem d'elle precisa.

E, quanto ao respeito do cadaver, elle não desaparece porque este seja submettido á fins scientificos: isto depende do caracter e da educação do povo.

Parece até que, para muita gente que foi na vida prejudicial ou pelo menos inutil aos outros, será uma grande prova de respeito aproveitall-a depois da morte para alguma cousa tão nobre.

Mas, note-se bem que, não se trata de arrancar os cadaveres ao affecto de seus parentes para submettel-os aos exames scientificos; trata-se somente de reconhecer e proclamar um direito.

Ou o individuo tem feito sua declaração, dispondo de seu cadaver e, em obediencia á vontade do defunto, se deve cumprir a disposição.

Ou não tem havido disposição alguma do defunto e o conjuge e parentes são livres para agir como entenderem; salvo, apenas, o caso extraordinario da necessidade ou utilidade publica, em que, então, se deverá realizar a desapropriação.

Em nenhuma dessas hypotheses ha desrespeito ao cadaver só porque elle seja consignado por vontade de seu dono ou pela vontade de seu conjuge e parentes á fins scientificos e humanitarios em vez de ser consignado simplesmente á pasto dos vermes.

As proprias religiões não se podem oppor com razão a esse destino superior do cadaver, pois que para ellas o espirito se escapa sempre para uma outra vida e na terra só fica o que é *vil materia*.

E foi, por certo, pensando assim que S. Francisco de Salles declarou em testamento deixar seu cadaver para a Escola de Anatomia de Padua, onde elle estudou.

Logo, por esse outro lado, o cadaver pode ser objecto de um direito de propriedade e destinado pelo seu proprio dono ou pelo seu conjuge ou parente a fins communs ou a fins especiaes, a titulo oneroso ou gratuitamente sem que isto importe em nenhum desrespeito a elle.

O mais é preconceito.

Não ha uma razão valiosa para excluir o direito de propriedade sobre o cadaver.

E, tanto mais quanto, desde muitos annos, segundo Merlin (Rep. de Jur.) e Luiz Dabot (ob. cit.) assim como Biagio Brugi (Della Proprietá) as legislações franceza e italiana concedem aos juizes e directores de hospitaes o poder de fornecerem cadaveres ás Escolas de Medicina para as demonstrações anatomicas e as operações de cirurgia.

Fadda e Bensa (ob. cit.) nos falam de uma theoria de Vangerow, um dos mais valentes Pandectistas modernos, segundo elles mesmo confessam, que sustenta a verdadeira doutrina. Com effeito, Vangerow, "Lehrbuch Der Pandekten", vol. I, § 34. Am. 1.^a, a) diz: — "Todo homem é, quanto ao seu physico, objecto do direito de propriedade; e, assim, elle ou se acha em propriedade de um outro ou se tem a si mesmo em propriedade. No primeiro caso elle é escravo, e, justamente por isto, vale como coisa, não como pessoa, o que vai tão longe que, si for abandonado por aquelle que fora delle

proprietario, não se torna livre, mas "res nullius" e cae no dominio do primeiro occupante. No segundo, si, deve, um homem ser considerado como sujeito de direito, elle deve ser livre, deve estar em propriedade de si mesmo, deve ser senhor de si mesmo".

Mas, Fadda e Bensa contestam Vangerow oppondo-lhe aquelle texto romano citado acima e as opiniões de outros muitos civilistas. Entretanto, o Vangerow não está só.

Picard (ob. cit. n.º 44) diz : — "depois da morte o envolvero corporeo, o cadaver, não faz mais parte de nossa pessoa; é um simples despojo".

O Dernburg (ob. cit.) diz expressamente : — "o cadaver é cousa e assim pode ser alienado antecipadamente para fins scientificos".

Eª pena que o Dernburg, ainda cedendo ao preconceito, tenha prohibido aos herdeiros traficarem com o cadaver, por ser contra os bons costumes.

Si é cousa, como elle affirma, e pode ser alienada pelo seu dono, não ha motivo por que não o possa ser tambem pelos herdeiros.

E, ao Dernburg acompanham ainda outros: Holder, Becker, Biagio Brugi, etc.

Biagio Brugi, ob. cit. vol. 1.º, cap. 3, declara que em grande parte por motivo de velhos preconceitos, se perde de vista, nessa questão, o interesse social das pesquisas scientificas, que deve predominar.

Elle pensa que o texto romano que se oppõe ao Vangerow não nos offerece nenhuma declaração explicita de que o cadaver seja cousa fóra do commercio, não se devendo exaggerar o valor dessa passagem, pois, do negar a propriedade dos proprios membros não se segue a rigorosa consequencia de que os romanos não admittiam a possibilidade de alguma disposição do homem sobre o seu cadaver.

Allega, enfim, que a propriedade tem um contendo psychologico antes de tel-o juridico: pois a lingua mesma nos adverte que o homem diz — seu — o proprio corpo, o pro-

prio cadaver; e, fazendo sentir que as necessidades sociaes romanas divergem muito das actuaes, conclue que “não se pode affirmar seja repugnante á nossa consciencia juridica a idéa de um direito de propriedade do homem sobre seu corpo e, portanto, sobre seu cadaver”.

Todavia, quando o Vangerow não tenha razão alguma perante os textos romanos, isto não é motivo para que elle não tenha razão perante a logica dos factos e as exigencias da vida moderna.

O direito de propriedade sobre o cadaver deve, pois, ser incluído nas leis dos povos modernos.

d) Descendo dos principios geraes para nossa legislação, nada encontramos de positivo sobre o cadaver, senão Regulamentos e Posturas sobre inhumação e exhumação e disposições do Código Penal sobre inhumações contrarias aos Regulamentos Sanitarios ou transportes de cadaveres para fóra do cemiterio, salvo o caso de exhumações autorizadas; sobre profanação de cadaveres, violações de sepultura e damnificações de mausoleus, preceitos estes que não se oppõem de modo algum á um direito de propriedade sobre o cadaver.

E até o velho Código Criminal de 1830 mandava, no art.º 42, entregar os corpos dos enforcados aos seus amigos ou parentes que os reclamassem, só não podendo estes enterral-os com pompa, sob pena de prisão.

Mas, não havendo nada de positivo entre nós sobre a especie, procuremos no Direito Romano, que era o nesso subsidiario.

No primitivo Direito Romano dispunha a Lei das XII Taboas que — “nenhum morto fosse enterrado ou queimado na cidade”. — Nada mais.

Depois Gaio ensinou e as Institutas, I, 2.º, tit. 17, repetiram, que as cousas sagradas, sanctas e religiosas, *não eram*

do domínio de ninguém; e que, religiosas eram as que encerravam algum cadaver.

Os romanos tinham a superstição de que não inhumando ou cremando o cadaver, a alma do defuncto soffreria e provocaria desgraças para a familia. (Accarias "Precis Droit Romain", vol. 1, 192 e notas).

Dahi o tradicional pavor de tocar no corpo dos cadaveres, o que tanto impediu durante seculos os progressos da sciencia e produziu o preconceito actual.

As palavras de Ulpiano "*quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*" se referem ao corpo vivo e não ao direito sobre o cadaver.

E, portanto, não sendo aquelle preceito de considerar o cadaver fóra do domínio de alguém, por estar encerrado em cousa religiosa, nada mais ha sobre a materia, no proprio Direito Romano.

Clovis ensina (ob. cit., paragrapho 30) que — "o cadaver é cousa fóra de commercio e não pode ser objecto de contracto nem de transmissão hereditaria".

Mas, o Ed. Espinola (ob. cit. cap. 2; Parte 2, nota 24) já diz de outro modo :

— "A opinião dominante deve ser a preferida. Sobre o cadaver ha um direito pessoal, que é transferido aos herdeiros; mas, não un direito patrimonial".

Veio o Código Civil e não adiantou nada sobre a questão, pois, apenas, dispoz no art.º 69 que — "são cousa fóra de commercio as insusceptíveis de apropriação e as legítimamente inalienáveis".

Mas, quaes são as cousas insusceptíveis de apropriação e inalienáveis não o disse.

O cadaver é susceptível de apropriação e, não foi declarado ainda por nenhuma lei, inalienável.

Logo, o cadaver não é cousa fóra de commercio, nos termos do Código Civil.

O que a lei não prohibe, consente.

Mas, si o cadaver é objecto de um direito de propriedade, a quem deve pertencer?

O nosso Codogo Civil é omissão á respeito disso. —“Nos casos omissos se applicam as disposições concernentes aos casos analogos — é o preceito, do art.º 7.º — e, não os havendo os principios geraes de direito”.

Ora, pelo Codigo Civil, em falta de convenção em contrario ou disposição prohibitiva da lei, o marido e a mulher são meieiros em todos os bens do casal, presentes e futuros; (art.º 258) e a ordem, da successão é a dos descendentes, ascendentes, conjuge, collateraes e o Estado.

Logo, pelo caso mais analogo do Codigo Civil, o cadaver deve pertencer metade ao conjuge sobrevivente e a outra, aos herdeiros, naquella ordem.

Salvo si o conjuge não era meieiro ou estava separado, porque, então, cabe o direito semente aos herdeiros consanguineos do defunto, preferindo o mais proximo aos mais remotos e dando-se a faculdade da representação (1603 e seguintes).

E, si houver divergencia, ainda se recorrerá, nos termos do cit. art.º 7.º, ao caso analogo do condominio, e, então, decidirá da divergencia a maioria ou ainda, no caso de empate, resolverá o juiz (635 e seguintes).

Si não houvessem no Codigo Civil esses casos analogos, ainda nos serviriam os principios geraes de direito.

Os tribunaes italianos, segundo nos informam Fadda e Bensa e Biagio Brugi ob. cit. e os Tribunaes Francezes, segundo nos informa Luiz Dabot, (ob. cit.) têm assentado a jurisprudencia de que ao conjuge e herdeiros cabe o direito de disporem do cadaver, de accordo com a lei de successão, ou, de accordo com a lei do condominio e decisão do juiz; e, ainda, dos tumulos em que estejam ou tenham sido guardados esses despojos. Na falta de parentes, deve caber esse direito ao Estado.

Attendendo, pois, aos progressos da sciencia e ao desenvolvimento que ainda e sempre della se pode esperar parece dever existir um direito de propriedade sobre o cadaver. »

E, si deve existir um direito de propriedade sobre o cadaver; deve existir tambem *um de posse*, porque a posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Capitulo VII

A Posse de Dirition

Art. 485. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 486. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 487. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 488. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 489. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 490. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 491. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 492. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 493. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 494. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 495. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 496. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 497. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 498. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 499. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Art. 500. A posse é o exercicio da propriedade, segundo o nosso proprio Codigo. art.º 485.

Capitulo VIII

A Posse de Direitos

59 *Savigny*, "Traité de la Possession", § 12, ensina que não ha posse de direitos, mas, semente de cousas; e, que, por isso mesmo, os juristas romanos chamaram o poder sobre as cousas alheias em falta de outra palavra mais propria, *quasi possessio*, por analogia da verdadeira *possessio*.

60 E *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 16, acompanhando o mestre, explica que — sendo a posse o poder de dispor physicamente das cousas, ella só tem por objecto cousas corporeas, estendendo-se apenas, por analogia, ás cousas corporeas alheias: posse de direitos reaes; e, ainda mais que o Direito Canonico estendeu a idéa de posse a certos direitos de jurisdicção ecclesiastica ligados ao solo e, depois, ainda a todos os direitos pessoaes, mesmo de estado e de obrigações, no que foi acompanhado por varios civilistas patrios; porem, que elle acha errada semelhante doutrina, porque só a posse de cousas corporeas ou de direitos reaes na cousa alheia poderá ser objecto de violencias e, precisa, portanto, da protecção dos interdictos.

61 Outros juristas, como por exemplo, *Unger*, "System", vol. 1.º, § 62, advertem que, enquanto em materia de direitos reaes, é possível um exercicio permanente sem se dissolver seu conteúdo, nos direitos pessoaes desaparece o direito com o seu exercicio.

Por isso, portanto, admite-se posse e usocapião nos direitos reaes; mas, não se realizam nem posse nem usocapião nos direitos de credito.

62 Outros ainda dizem, como fez o *Kierulff*, em *Randa*, "Der Besitz", contra a possibilidade da posse em materia de obrigações, que o objecto do direito é a vontade constrangida do devedor, mas, que, sendo a essencia da vontade a liberdade, tal vontade não pode ser possuida por ninguem.

63 E, outros, enfim, como por ex., o *Randa* ob. cit., § 2, sustentam que a posse das cousas e a posse dos direitos são como subespecies de uma noção geral mais alta, cujo motivo de differença só assenta na differença de objecto, — "*als Unterartem eines hoberen Gemeinbegriffe dar, deren Theilungs grund in der Verschiedenheit des objektes beruht*". —

De modo que, assim como o direito apparece, qual poder juridico da vontade, assim tambem apparece a posse qual poder de facto da vontade: — "*wie das Recht als rechiliche Willenmacht erscheint, so der Besitz als faktiches Willensmacht*". —

Para elle a posse é a possibilidade effectiva do repetido exercicio de um direito baseado num acto.

Si esta possibilidade é a do exercicio do conteúdo do direito de propriedade, apparece a posse da propriedade ou das cousas.

Si, porem, ao contrario ella é a do exercicio de um outro direito, que não seja o de propriedade, então, a posse é posse de direito.

E o *Randa*, no § 24, observa que não procedem contra a posse dos direitos pessoaes as razões adduzidas.

Assim, não procede a razão de não poder haver violen-

cia contra taes direitos; porque a recusa da prestação é uma verdadeira violencia ao direito do credor, uma perturbação arbitraria ao estado de exercicio do direito e, por isso, deve haver uma acção de restituição a esse estado anterior.

Assim, não procede a razão de que os direitos pessoaes se esgotam com o primeiro uso que delles se faça, como nos casos de obrigações por emprestimo, compra e venda, permuta, visto como ha obrigações que são susceptiveis de um uso continuado, de modo que a questão é unicamente a de saber si o direito é ou não de exercicio duradouro, repetido, continuado.

Assim, não procede a razão de que o objecto do direito se tornará então a vontade humana, a qual, sendo por sua essencia livre, não pode ser possuida, porque a vontade pode e é constantemente estrangida pelo direito, nas "Obrigações" e, si pode ser sujeita juridicamente, tambem o pode ser de facto.

Deste modo, conclue o *Randa*, quer pelos principios, quer pela disposição do art.º 311 do Codigo Austriaco, nenhum fundamento existe para declarar impossivel a posse dos direitos pessoaes patrimoniaes, contanto que elles tenham continuidade de exercicio, exercicio duradouro, como acontece nos direitos industriaes, direitos de autor, de patente de invenção, de caça, de pesca, etc.

64 E' pena que o *Randa* houvesse esbarrado ahí e não quizesse admittir a posse dos direitos pessoaes puros, como sejam os de familia e os chamados da personalidade, como os direitos á vida, á integridade corporea, á liberdade, á honra, porque taes direitos, diz elle, não são verdadeiros direitos e portanto, não podem ser objecto de posse; mas, são apenas estados de facto, a que a lei liga certos effeitos juridicos, que o direito protege.

Não tem razão o *Randa*, nem no campo dos principios, nem na da lei austriaca.

Não a tem, no campo dos principios, porque todo estado

de facto a que a lei liga effeitos juridicos, que a lei protege, gera direito, é um interesse juridico, converte-se em direito.

Aqui, como no caso da posse de cousas, ha um facto, um estado, uma situação, um poder de agir que a lei reconheceu e garante o, pois, ha um direito porque é justamente do facto que o direito nasce.

Ex facto jus oritur.

65 A esse respeito pondera muito bem o *Jhering*, "Theoria Simplificada da Posse", cap. VI : — "o que se dá com a posse em que o direito nasce com o facto e com elle desapparece, não existindo um sem o outro, é o mesmo que se dá com a *personalidade*, a que alguns juristas, querem negar o character de um direito, mas, que, do mesmo modo, assim como o direito de posse se acha unido á existencia do estado de facto destinado a protegel-a, assim tambem o direito da personalidade está ligada á existencia da pessoa; nasce e morre com ella; e, neste casq o facto e o direito tambem concordam completamente.

66 E, o *Windcheid*, nos "Pandette", vol. 1.º, parte 1, § 40, ajunta, por sua vez: — "quando se indaga si ha direitos sobre a propria pessoa, o sentido dessa pergunta só pode ser si a ordem juridica declara que a vontade do titular é decisiva para a propria pessoa delle, munindo-o de poderes contra aquelles que lhe estão em frente, justamente como no conceder um direito real, declara que a vontade do titular é decisiva sobre a cousa. Isto posto, a questão não pode ser resolvida em sentido negativo. Chega-se por tal modo a um direito á vida, á integridade corporea e a dispor do proprio corpo sem obstaculos (liberdade)". —

67 Não tem tambem razão o *Randa*, no campo da lei austriaca, porque o Código Austriaco, no art.º 311, sem fazer restricção de especie alguma, dispõe que — "todas as cou-

sas corporeas e incorporeas, que são o objecto de um commercio legitimo, podem ser possuidas". —

Si, portanto, aquelle autor admite a posse dos direitos pessoaes patrimoniaes, porque o Codice nada determina em contrario, tambem não pode pelo mesmo motivo, excluir os pessoaes não patrimoniaes.

68 A' esse modo de ver acanhado do *Randa* ainda se oppõe o *Krainz*, "System", por elle mesmo citado, mas não vantajosamente combatido, e, porque, de um lado, está o Direito Canonico estendendo a posse á todas as relações pessoaes e a necessidade pratica de que essas relações sejam reconhecidas e protegidas; e, de outro lado, o § 1458 do Codice Civil Austriaco, determinando que os direitos de esposo, de pae, de filhos e os outros direitos pessoaes não podem ser objecto de um usucapião; mas, que, todavia: — "os que exercem de boa fé esses direitos se podem prevalecer de sua ignorancia involuntaria para a defesa e o exercicio eventuaes de seus suppostos direitos".

69 Alem do *Randa*, innumerous juristas de varios paizes, sustentam a posse dos direitos pessoaes.

O *Windelheid*, "Pandette", vol. 2. Parte 2, § 464, declara que a questão sobre quacs outros direitos, alem dos reais, se deva reconhecer juridicamente a posse, se deve resolver no sentido que a posse em principio, não se exclue de nenhum direito que admitta um exercicio duradouro, nem mesmo dos de obrigação. A questão, ajunta elle, em nota, é somente a de saber si ha obrigações que admittem um exercicio permanente, porque si ha, é possivel tambem nelles a posse.

70 O *Dernburg*, "Pandette", vol. 2. § 91, ensina que — "para a posse de direitos se exige somente um estado de cousas permanente, proprio a ulterior efficacia e figura juridica. Nessa extensão a posse de direitos passou para o direito commum menos quanto á posse de matrimonio. A constitui-

ção da posse de direitos se realiza conforme sua especie. Ella pode estar na immissão de uma determinada condição, especialmente em um cargo, ou no exercicio de faculdade correspondente. A posse de direitos se pode fazer valer contra terceiros, os quaes pretendam para si o direito, como tambem contra a pessoa obrigada á prestação, por exemplo, contra o contribuinte. Na recusa, por parte do obrigado, á prestações anteriormente usuaes, encontra-se um esbulho, que justifica a respectiva acção". —

71 *Paul Girard*, "Droit Romain", L 3, cap. 3, § 1. diz que a posse é em uma terminologia moderna de que já existem vestigios em Roma, o exercicio de um direito manifestado por actos materiaes, por signaes exteriores; e, nesse sentido, *ella se pode applicar a todos os direitos*. E, em nota. ajunta que é assim que se fala hoje da posse de um credito, da posse de um usufructo, da posse de estado; e, como exemplo da penetração da mesma idéa em Roma, se pode citar, alem da quasi posse, o edicto de *Cladio*, do anno 41, que consigna a posse da qualidade de cidadão e a da liberdade, que, prolongada por 20 annos, de boa fé, tornava o escravo livre.

72 *Jorge Carnil*, "Traité de la Possession", § 8, 3, ensina que as cousas incorporeas, não sendo susceptiveis de propriedade, não eram susceptiveis tambem de posse; mas que isto cedeu, no proprio Direito Romano, á influencia do tempo, estendendo-se a principio somente a certos direitos roaes, como os de servidão, porque aos olhos dos juristas do tempo a posse de um direito não era verdadeira posse, porem, alguma cousa que apenas com ella se parecia e por isso foi chamada *quasi possessio*. Tudo provinha da idéa estreita de posse como poder physico e não se podia comprehender poder physico sobre um direito. Mas, quando a noção de posse se alargou e se poudo concebel-a sobre direitos, admittiu-se que ella comprehendesse qualquer direito, que fosse susptivel de exercicio duradouro. O Direito Canonico admittiu-a para os

direitos dos conjuges, mantendo o exercicio de taes direitos enquanto a nullidade do casamento não fosse pronunciada.

E, conclue o *Cornil* affirmando que — “ha em nossos dias um caso particular muito importante no qual a *corporis possessio* e o *juris possessio* se confundem inteiramente e é o caso da posse de titulos ao portador: aquelle que tem a posse corporal do titulo, tem a posse juridica do credito certificado pelo titulo.

73 O *Jhering*, na citada “*Theoria Simplificada da Posse*”, cap. XI, depois de relatar a extensão dada á posse dos direitos pelo Direito Canonico, igualmente adverte que a determinação exacta da extensão que pode reclamar a idéa da quasi posse em o nosso direito e em nosso processo completamente modificados em todos os sentidos, é um problema a resolver. Mas, todavia, *não pode admittir que nenhum direito do futuro chegue a abandonal-a completamente; ella é boa demais para elle; a legislação não pode deixar de traçar suas linhas exactas.*

Na realidade, haverá sempre posse de cousas e posse de direitos.

74 Já o *Chironi*, no seu “*Diritto Civile Italiano*”, § 83, tinha dito que — “não ha direito que não seja susceptível de posse, a qual tem logar com relação aos direitos pessoaes de successão de familia, e, de modo especial, aos direitos reaes; sendo nesta ultima parte que a posse, como instituto independente, adquire o maximo valor. Garantia da posse é a acção de reintegração”. —

75 *Edmond Picard*, no seu — “*Le Droit Pur*” — escreveu a pag. 239, que as legislações positivas só autorizam, em geral, a posse em certos casos e para certos direitos, especialmente alguns dos direitos reaes; mas que, theoreticamente, ella é possivel para todos os direitos, reaes, pessoaes, obri-gacionaes, intellectuaes, visto como cada um delles tem neces-

sariamente seu gozo e seu exercício e o desmembramento desses dous aspectos se concebe, porque se pode ser nú credor, como se pode ser nú proprietário, sendo o caso, no Código Napoleão, do usufructo de um credito; alem da posse de estado, que é o exercício de vantagens contidas no direito da cidadania.

76 E recentemente, *Eurico Finzi*, "Il Possesso del Diritto", aproveitando os ensinamentos de *Drum*, *Milone*, *Tartufari*, *Krükman*, *Meischeider*, *Brini*, proclama terminantemente que a dominação sobre as cousas pode ser physica ou economica; que esta se pode instaurar sobre todos os bens, *corporeos* ou *incorporeos*, de modo que vêm a ser objecto de posse *tudo quanto pode ser utilizado pelo homem*; que o direito não é fim, porem meio para facilitar e garantir o exercício das relações que se estabelecem entre os homens e, que, assim, sendo alguém investido pela lei no posse de direitos que tenham exercício continuo, ha incontestavelmente *posse desses direitos*.

77 Na Inglaterra e na Norte America sempre foi protegida a posse de direitos pessoaes, sobretudo contra os abusos do Poder Publico. Segundo *Goodnow*, *Droit. Adm. des Etats-Unis*, pag. 481, os mais importantes dos remedios especiaes desenvolvidos pelas Cortes Reaes eram em numero de cinco; o *mandamus*, para constringer a administração a cumprir o que ella tinha illegalmente recusado fazer; a *prohibition* ou *injunction* para impedir a administração de agir, quando não devesse fazel-o; o *certiorari* para rever uma decisão, annullal-a ou modifical-a; o *habeas corpus ad subjiciendum* para fazer apresentar aos tribunaes uma pessoa illegalmente detida; e o *quo warranto*, para impedir a usurpação de uma franquia ou de um privilegio.

E' certo que taes remedios se modificaram com o tempo e foram sendo substituidos nesse ultimo paiz por outros; mas, nelle ainda se praticam ao lado do *habeas corpus*, o *mandamus*, para, entre outros fins, promover a admissão de uma

pessoa em um cargo para o qual tenha sido legalmente eleito, ou sua restituição em um cargo do qual tenha sido ilegalmente removido, e o *quo warranto*, um writ que pode ser promovido contra pessoas ou corporações que se arrogam franquias e privilégios ilegales e despojal-os delles. etc., segundo nos informa *Walkers*, "American Law", § 269.

78 *Epitacio Pessoa*, num de seus discursos no Congresso, a proposito da Reforma Constitucional, em 11 de Novembro de 1925, disse tambem: — "Com a mesma significação e alcance foi introduzido o *habeas corpus* nos Estados Unidos. Mas, o povo americano, com o seu espirito progressista, docil ás transformações da civilisação e ás conquistas liberaes, cedo comprehendeu que, fóra do ambito estreito do direito de licoção, *outros direitos individuaes existiam, carecedores de uma protecção rapida e simples, como a do habeas corpus* e, não querendo desnaturar esse instituto, incluiu na legislação certos remedios analogos, *destinados ao amparo de taes direitos*, como o *writ of mandamus*, o *writ of certiorari*, o *quo warranto*", etc.

79 Entre nós *Ruy Barboza* publicou uma monographia, com o título "Posse de Direitos Pessoaes", na qual demonstrou que a Ordenação do L 3, tit. 78, § 5, mandava aos juizes que garantissem os individuos contra quaesquer violencias de que se julgassem ameaçados na *sua pessoa ou nas cousas* e que a jurisprudencia portugueza sempre protegeu com os interdictos *a posse dos direitos pessoaes de qualquer especie*, jurisprudencia que passou para o nosso paiz, sendo somente de lamentar que houvessemos interrompido essa tradição, retrocedendo a tempos mais atrasados.

E ao *Ruy Barboza* acompanharam *Lacerda de Almeida* e *Felicio dos Santos*.

80 No Direito Romano a idéa de posse não se applicou

somente ás cousas e aos direitos reais na cousa alheia, mas, tambem ás pessoas e aos estados e condições destas.

Ja se disse que *Paul Girard*, no seu "*Droit Romain*", apresentava como exemplos da penetração da idéa em Roma, a posse da qualidade de cidadão e a posse da liberdade, conforme informam os textos.

81 Alem de *Girard*, tambem *Ed. Cuq*, nas suas "*Inst. Jur. des Romains*", affirma, baseado nos textos, que — "a noção dos direitos pessoaes appareceu no 1.º seculo do Imperio e foi utilizada não só para as cousas corporeas, moveis ou immoveis mas, tambem, para as incorporeas e, para o estado das pessoas. O que se conduzia como si fosse um usufructuario ou como si fosse um homem livre, um cidadão romano, um ingenuo ou um liberto, tinha a posse do uso fructo ou a posse de estado de cidade, da ingenuidade ou da liberdade". —

E os textos confirmam as declarações.

Assim o Edicto de Claudio concedia o estado de cidadão romano — "*desde que se dissesse ter estado alguem com usurpação demorada na posse d'elle*". —

Assim *Ulpiano*, frag. 1, § 8, diz que — "*eram outróra manumittidos aquelles que, durante os cinco annos do censo romano, tinham sido incluídos, por ordem dos senhores, no numero dos cidadãos*". —

Assim *Gaio*, *Inst. L 1.º*, § 111 : — "*pelo uso ficava sob o manus aquella que, por um anno continuo, perseverasse casada, porquanto, como pela posse annual ella era adquirida por prescripção, passava para a familia do marido, obtinha o lugar de filha*". —

Assim o *Dig. L 40, tit. 8, 2*, dispõe: — "*ao servo, a quem o senhor abandonou por grave enfermidade, compete a liberdade*". —

Assim o *Codigo, L 7, 22, 5*, determina: — "*aquelle que, de boa fé, na posse da liberdade tem estado por 20 annos, sem interpellação, deve aproveitar a prescripção, para não*

ser inquietado no estado della, como si fosse livre e cidadão romano". —

82 O Direito Romano penetrou na Austria e na Alemanha e, ahi, fundindo-se com o *Gewere*, e influenciada pelo Direito Canonico, a posse se desenvolveu e alcançou até os direitos de obrigação, conforme nos informa o *Banda*, dizendo que a velha theoria, assim como a praxe do direito common e os projectos austriacos e prussianos — "*den Besitz an obligatorischen Rechten zulassen*" — isto é, autorisavam a posse dos direitos de obrigação.

Com effeito, o Codigo Prussiano de 1794, § 405, dispunha "quem exercer um direito é possuidor d'elle". —

E o Codigo Austriaco, art.º 311, determina que: — "todas as cousas corporeas e incorporeas, que são o objecto de um commercio legitimo, podem ser possuidas". —

83 O Direito Canonico, cedendo ás necessidades sociais dos tempos e dos meios, continuou a obra de expansão da posse de direitos naquelles paizes, na Italia, na França e em Portugal, de onde tambem passou para o Brasil, que, por influencia de *Savigny*, se retrahiu de novo.

84 Aqui, não somente se reconheceu e protegeu com os interdictos possessorios a posse do mais pessoal de todos os direitos, o de liberdade na phrase de *Ruy Barboza*, como tambem a *necessidade social* determinou a inserção da posse de direitos num dos mais importantes projectos de Codigo, que tivemos.

Felicio dos Santos, "Projecto de Codigo Civil", definia no art.º 1297, a posse, como a detenção de cousa ou exercicio de direito, e no "*Commentario*", explicava que a definição *abrange a posse de todo e qualquer direito real ou pessoal*, porque é erro suppor que só possa haver posse de direitos reaes devendo-se comprehender tambem a posse dos officios e empregos publicos, etc.

E, o nosso Código?

85 Depois de tudo isto veio o Código Civil Brasileiro e não foi claro, como devera ter sido, em materia tão importante.

Cabe-nos procurar pela interpretação o seu sentido.

Clevis, no seu "Código Civil", vol. 3.º, Observação ao art.º 485, n.º 3, escreveu que o Código Brasileiro não adoptou a doutrina da posse de direitos pessoaes; 1.º, porque o *Projecto Primitivo*, apesar de empregar a palavra *propriedade*, não espousava taes idéas; 2.º, porque, em nenhuma de suas passagens se encontra um dispositivo que possa ser considerado expressão dessa doutrina; 3.º, porque os direitos pessoaes não se enquadram no conceito de propriedade, que é direito real.

Quando o Código fala da posse de direitos, diz também *Azavedo Marques*, "Acções Possessorias", arts. 488, 490, 520, — "allude indubitavelmente aos direitos cujo exercicio proporciona ou acarreta a detenção de cousas materiaes". —

86 Mas, contra isto se insurgem outros juristas.

Edmundo Lins, por exemplo, como se verifica das "Pandectas Brasileiras", vol. 1, pag. 176, interpretando grammatical e logicamente o Código, decide que elle consagra e protege a posse dos direitos pessoaes.

Em 1.º lugar, o Projecto da Camara não continha as duas expressões dominio ou propriedade e foi *Ruy Barboza* quem apresentou a emenda para se acrescentar á palavra *dominio* a palavra *propriedade*, querendo com isto comprehender também a posse dos direitos pessoaes, porque elle tinha pregado essa doutrina, de conformidade com a Ord. L. 3, tit. 78, § 5 e lamentava que a jurisprudencia houvesse abandonado praxe tão salutar.

Em 2.º lugar, o Código, em muitas de suas passagens, usa da conjuncção *ou*, sem fazel-a seguir do artigo, para designar

cousas diversas, como no art.º 3.º, § 1.º : — “*termo prefixo ou condição prestabelecida;*” — como no art.º 24.º : — “*por escriptura publica ou testamento;*” — como no art.º 84 : — “*tutores ou curadores;*” — como no art.º 147 : — “*simulação ou fraude;*” — como no art.º 164 : — “*dolo ou negligencia;*” — como no proprio titulo da posse, art.º 523 : — “*a turbação ou esbulho;*” etc.

Em 3.º lugar, a doutrina sempre fez distincção entre o sentido do termo dominio e o do termo propriedade, dando áquelle significação restricta, ás cousas corporeas e a este, significação ampla, de tudo que pode ser objecto de direito.

Assim, *Mackelday*, *Dir. Rom.*, § 272, diz que — “a propriedade é tudo que nos pertença seja *corporeo* ou *incorporeo* e, o dominio consiste, na propriedade das cousas corporeas.

Assim *Lafayette*, “*Dir. das Cousas*”, § 25, tambem diz que a propriedade abrange todos os direitos; ao passo que o dominio é a propriedade das cousas corporeas.

Em 4.º lugar, fala o Codigo, em varios de seus artigos, nos 488, 490, 493, 520 do *gozo de direito, da aquisição de direito, do exercicio de direito, da posse de direitos, sem fazer distincção alguma entre reaes e pessoas*; e, não tendo feito tal distincção, não deve o interprete fazel-a arbitrariamente, sendo portanto, forçado a admittir a posse de direitos tanto reaes quanto pessoas.

87 E, podemos ainda juntar outras considerações.

O Codigo reconhece, nos seus arts. 203 e 206, a *posse de estado* e a applica expressamente, como lembra *Pucheco Prates*, “*Theoria Elementar da Posse*”, ao estado pessoal.

Com effeito: o primeiro manda que não se conteste em prejuizo da prole commum, salvo prova contraria, o casamento de pessoas fallecidas *na posse do estado de casadas*.

Eis ahí um caso da posse de direito pessoal.

O segundo manda que, na duvida entre as provas *pro e*

contra, se julgue pelo casamento, si os conjuges viverem ou tiverem vivido *na posse do estado de casados*.

E eis ali outro caso da posse de direito pessoal.

Dirão que, nesses dous artigos só cogitou oCodigo de meios de prova.

Não; embora o capitulo se inscreva "Das Provas do Casamento", e a posse de estado seja um meio de provar o casamento de pessoas que viveram e morreram como si fossem casadas, contudo, desse facto da posse de estado nasce tambem *um verdadeiro e importante direito para os filhos: o direito de reclamarem sua legitimidade, toda vez que seus pais hajam vivido e morrido naquella posse de estado*. A posse de estado é, portanto, um direito e um direito pessoal. E, assim, a posse de direitos pessoaes é admittida pelo Codigo.

Alem disto, o Codigo define a propriedade o direito de cada um usar, gozar, dispor e reaver *seus bens*.

Mas, a palavra *bens*, conforme Demolombe, "Cours de Code Civil", n.º 10. resume tudo que pode trazer ao homem uma utilidade qualque, *não só utilidade material, apreciavel em dinheiro, mas, tambem, utilidade moral, susceptivel de augmentar, sob qualquer relação que seja, seu bem estar*.

Mas, si ha propriedade tambem de utilidades moraes, deve haver egualmente posse dessas utilidades, porque a posse é o exercicio da propriedade, segundo o proprio Codigo.

E, por ultimo, si o Codigo reconhece e protege, como declara no art.º 649 o seguintes, a propriedade litteraria, scientifica e artistica, que é a propriedade do que temos de mais pessoal, o producto do pensamento, um bem immaterial: na expressão do Kohler, no seu "Autorrecht", cujo objecto é *uma ideação de natureza esthetica ou technica, distincta do objecto material em que ella se corporifica*, o Codigo implicitamente reconheceu e protege a posse desse bem immaterial, porque a posse é o exercicio da propriedade.

88 Não colhe, portanto a argumentação do Clóvis.

1.º Si o Projecto Primitivo já diz a *propriedade*, devia

compreender todos os direitos reaes e pessoaes, porque aquelle termo abrangia as cousas corporeas e incorporeas.

Alem d'isto, no Projecto da Camara, aquelle termo foi substituido pelo de *dominio* e, só depois, foi que se acresceentou a este o de *propriedade*, por proposta de *Ruy Barboza*.

2.º Em diversas passagens do Codigo se encontram dispositivos, como os dos arts. 488, 490, 493, etc., sobre *gozo de direitos, adqusição de direitos, posse de direitos*, que podem ser considerados expressões da doutrina da posse de direitos.

3.º Os direitos pessoaes se enquadram no conceito da propriedade, porque tambem ha propriedade das cousas incorporeas, como, pelo proprio Codigo, a litteraria, scientifica e artistica, recaindo sobre productos do pensamento.

89 Enfim, si apezar do emprego desses elementos de interpretação, o Codigo ainda deixa duvidas a respeito, recorramos ao elemento social. A interpretação tem passado, segundo ensina *Paul Vander Eycken*, no seu "Methode Positive de L'Interpretation Juridique". § 237 e seguintes, por tres phases. Na primeira, ella é só de palavras, que são consideradas, então, como os proprios pensamentos tomados sensíveis. Na segunda tem-se o direito como constituido pela vontade do legislador e essa vontade se procura no texto e, subsidiariamente se esclarece pelo uso, pelos trabalhos preparatorios, pela tradição. Na terceira, porem, a de hoje em dia, não é mais somente nos textos nem nos systemas racionaes que se deve procurar a origem do direito; mas, *na utilidade social, na necessidade que certas consequencias sejam ligadas á hypotheses dadas*.

O legislador só tem desse direito uma consciencia fragmentaria; elle a traduz por prescripções que elle edicta. Quando se tratar de fixar o sentido dessas prescripções, onde deveremos procural-as? Manifestamente em sua origem, isto é, *nas necessidades da vida social*. A probabilidade mais forte de descobrir o sentido da lei, se acha ali. E, do mesmo modo, quando se tratar de cumular as lacunas da lei, não é ás

deduções logicas, porem ás *necessidades sociais*, que se deve-
rá pedir solução.

Por conseguinte, si no caso em questão a posse de direi-
tos pessoaes é uma necessidade social, de que os nossos maio-
res já sentiram a força e de que nós, cada dia mais, experi-
mentamos a pressão, viste que taes direitos exigem ainda
mais efficaz e prompta protecção do que os outros, princi-
palmente contra os abusos do Poder Publico, como já decla-
rou *Pedro Lessa*, no Supremo Tribunal Federal, devemos en-
tão concluir que o Codigo admittiu aquella posse.

Si este o não disse expressamente, cumpre-nos a nós des-
tacar d'elle essa idéa que devia estar na mente do legislador,
porque ella já se impunha na doutrina geral, já fôra utili-
sada na pratica forense e já tinha figurado positivamente
num Projecto de Codigo Civil Brasileiro.

90 *Azevedo Marques*, "Acções Possessorias", querendo
justificar o Codigo de não ter estendido a posse de direitos
aos direitos pessoaes, como elle pensa, assim discorre.

Quanto ao argumento dos que sustentavam antes do Codigo
que era difficil discriminar com segurança os direitos pes-
soaes dos reaes, se responde que isto hoje não procede, por-
que o Codigo determinou, no art.º 674, quaes são os reaes e,
assim, os discriminou dos pessoaes.

Quanto ao motivo de ficarem sem defeza muitos direitos
individuaes contra o arbitrio do Poder Publico, apesar das
garantias promettidas pela Constituição Federal, visto ser
demorada, dispendiosa e as vezes inefficaz a acção do art.º 13
da lei n.º 221 de 1894, se responde tambem que isto não pro-
cede porque, além de ser aquelle arbitrio a excepção e não a
regra, seria forçoso concluir pela abolição de todas as acções
que não sejam as possessorias, porque aquelles defeitos de
demora, dispendio e inefficacia se applicam a todas as deman-
das judicias, que ainda não correspondem a um ideal eleva-
do de justiça, principalmente em casos de abusos da autori-
dade.

Emfim, quanto á razão de deverem ter os direitos pessoais, até de preferencia aos direitos reais, a garantia rápida e segura dos interditos possessórios, se responde que não é possível pela propria natureza delles applicar as acções possessórias para defeza dos direitos pessoais.

O fim dessas acções é só decidir provisoriamente sobre quem seja o possuidor, isto é, sobre quem gozará *si et in quantum* da detenção material da coisa corporea até a prova em contrario

De onde se verifica, conclue elle, que a acção possessoria não pode deixar de recair, por sua propria natureza e pelo seu fim, somente sobre cousas que estejam ou possam estar de facto sob o poder da pessoa, quando esta soffre perturbações na sua actuação material ou esbulho dessa actuação material

91 Todavia, não nos parece valiosa a argumentação do *Azevedo Marques*.

1.º Si os direitos pessoais estão hoje discriminados dos reais, pela disposição do art.º 674, contudo, taes direitos devem merecer mais attenção do que os direitos reais, porque a pessoa deve valer mais do que as cousas e porque a pessoa está mais exposta do que as cousas ás violencias do Poder.

2.º A acção do art.º 13 da Lei 221 de 1894 é, realmente, vagarosa, cara e, as vezes, de effeito tão tardio que se torna inutil e, por isso, deve ser deixada somente para os casos menos importantes e urgentes da vida, devendo se applicar para a posse das cousas e dos direitos, antes de tudo, os interditos, por serem remedios simples e rapidos.

3.º Emfim, não é exaeto que não se possa applicar, pela natureza das cousas, e pelo seu fim, a acção possessoria aos casos de posse de direitos.

O facto de servir tal acção só para decidir provisoriamente quem seja o possuidor, isto é, quem gozará *si et in quantum* da detenção material da coisa, nada importa, por que o que se quer na posse de direitos é justamente tambem

decidir provisoriamente, pela acção possessoria, quem seja o possuidor, isto é, quem gozará *si et in quantum* da detenção material do estado, da vantagem, do interesse concedido pela lei.

De onde se verifica que a acção possessoria, pela sua propria natureza e pelo seu fim, não pode deixar de recair sobre qualquer coisa material ou immaterial, que esteja ou possa estar sob o poder effectivo da pessoa, *quando esta soffra perturbações na sua actuação material ou esbulho dessa actuação material.*

Sustentam egualmente a opinião da posse dos direitos pessoases, conforme o nosso Código, *João Luiz Alves*, no seu "Código Civil", *Martinho Garcez* no seu livro, "Direito das Causas", *Vicente Rêo*, "Posse de Direitos Pessoaes", embora só de direitos pessoases patrimoniaes.

92 Para comprehender bem a posse de direitos, basta attender, pensamos, ao que seja um direito, no sentido subjectivo.

Covietto, "Manuale di Diritto Civile", § 1.º, define o direito subjectivo, como o *poder de agir para satisfação de interesses propios, sob a garantia da lei.*

Windeheid denomina-o *poder da vontade concedido pela ordem jurídica.*

E, assim por diante.

De modo que o direito, no sentido subjectivo, não é senão *poder de agir* ou *poder da vontade.*

Ora, sendo assim, é claro que esse poder de agir ou esse poder da vontade pode recair ora sobre nós mesmos: nosso corpo, liberdade, honra, manifestação da intelligencia; ora sobre outras pessoas; ora sobre as cousas; ora, enfim, sobre estados, cargos, rendas, vantagens que a lei nos tenha concedido. Desde que se tenha obtido o poder de agir neste ou naquelle sentido, ha o direito, o direito está adquirido, no sentido subjectivo, como um bem da vida, e se concebe sobre elle propriedade e posse, como poder de ter esse bem e de exercel-o, para os fins da vida.

Qual a differença substancial que existe entre o poder sobre o solo e o poder sobre a função ou cargo que me pertence, desde que ambos me foram concedidos pela lei e eu posso exercel-os ambos?

Qual a differença que existe entre o poder de passar pelo predio alheio e o poder de usar de minha liberdade, desde que ambos me foram concedidos pela lei e eu posso exercel-os ambos?

Qual a differença que existe entre o poder sobre meus filhos e o poder sobre a divida de alguém, desde que ambos me foram concedidos pela lei e eu posso exercel-os ambos?

Nenhuma. Nessas posses só muda o objecto: o poder de agir fica sempre o mesmo.

Não é propriamente o pensamento do *Randa*, de que a posse de direitos e a posse de cousas sejam como duas subespecies de uma noção geral mais alta, cujo motivo de differença só assenta na differença do objecto, uma vez que, para elle, num caso o objecto da posse é o direito e, noutro caso, é a cousa.

Porem é mais o pensamento de *Krueckman*, em *Finzi*, "Il Possesso dei Diritti", de que — "não existe posse de cousas, mas, somente, de direitos; a posse de cousas é posse — limitada ou não limitada — do direito de propriedade.

Posse não é o estado do exercicio de facto, ao contrario, é a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer de qualquer modo o direito determinado.

Quem tem a possibilidade juridicamente reconhecida de agir sobre a cousa, tem a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer a propriedade; quem tem a possibilidade juridicamente reconhecida de exercer um direito, tem a posse sobre o direito". —

E' a idéa de que só ha um objecto para a posse, que é o direito no sentido subjectivo, isto é, o poder de agir, o poder de nossa vontade, o qual incide ora sobre as cousas, ora sobre as pessoas e ora sobre as vantagens que a lei concede em nosso favor.

O poder de agir ou da vontade tem por objecto directo e immediato uma cousa material ou uma situação legal, sobre que incidem de igual modo a propriedade e a posse.

Por conseguinte, a posse tanto pode ser de cousas quanto de direitos; de direitos reaes, quanto de direitos pessoaes; de direitos pessoaes patrimoniaes quanto de direitos pessoaes puros; porque o objecto della é sempre *o poder de agir ou o poder da vontade sobre as cousas ou sobre as pessoas ou sobre as vantagens concedidas pela lei.*

E, si *tal poder* pode ser perturbado ou impedido no seu exercicio, *o que é um facto de experiencia diaria*, elle deve ser igualmente protegido pelos interdictos possessorios contra quaesquer ataques, porque esses ataques se dirigem, antes de tudo, á pessoa humana; porque, do mesmo modo que na posse das cousas, se deve evitar que cada um faça justiça por si mesmo; e porque, do mesmo modo que na posse das cousas, é preciso assegurar o exercicio da propriedade, de que a posse ó a apparencia, ás vezes ficticia, mas, muito frequentemente real.

Nestas condições, pareceo-nos que ha uma posse de direitos pessoaes e que o Codigo Civil a accitou.

93 Para cortar todas as duvidas que têm surgido e não de surgir na pratica, apresentaram no anno passado um projecto ao Congresso Nacional para proteger por meio de uma acção rapida os direitos pessoaes liquidos, de quaesquer individuos nos mesmos casos, em que se verifica a acção possessoria, isto é, nos casos de *turbação* e de *esbulho* dos mesmos direitos por actos lesivos das autoridades administrativas da União, dos Estados e dos Municipios, mas, sem que nelle se fale da posse nem de protecção possessoria.

Eis o projecto, que o "Diario Official" publicou, em Julho do corrente anno.

PROJECTO N.º 148. DE 1926, A QUE SE REFERE O
PARECER COM SUBSTITUTIVO

Art.º 1.º Todo direito pessoal, liquido, e certo, fundado

a Constituição ou em lei federal, e que não tenha como condição de exercício a liberdade de locomoção, será protegido contra quaesquer actos lesivos de autoridades administrativas da União, mediante o processo dos artigos seguintes.

Paraphrasis unico. O processo de que trata a presente lei será igualmente applicavel aos actos e decisões das autoridades administrativas dos Estados e dos Municipios, sempre que a respectiva acção tenha de ser proposta no Juizo Federal por ser fundada em dispositivos da Constituição da Republica (art.º 60, letra a).

Art.º 2.º Quando se tratar de simples ameaça, a autoridade administrativa será citada, preliminarmente, para uma justificação, em que se prove a imminencia do facto allegado, quando esta não constar do documento emanado da propria autoridade.

Art.º 3.º Imminente, ou já consummado, o acto lesivo, a autoridade offensora será citada, nos termos da legislação processual vigente, para comparecer perante o juiz ou tribunal, no termo improrogavel de 48 horas, que será contado a partir da apresentação, em cartorio, da certidão de citação.

Paraphrasis unico. Em caso de urgencia póde a precatoria citatoria se transmittida por telegramma, contendo, em resumo, o objecto e o fim da citação, reconhecida a assignatura do juiz o que a repartição expedidora mencionará.

Art.º 4.º Exposto o facto na petição, provado com documento que faça prova plena absoluta, e citado o dispositivo da lei ou da Constituição Federal, em que se funda o direito do autor, o juiz ou tribunal mandará que o indcado offensor responda e produza sua prova no prazo improrogavel de cinco dias, findo o qual sentenciará, sem mais allegações, dentro de cinco dias.

§ 1.º Quando a prova do direito offendido, ou da violencia imminente ou consummada depender de documento que tenha sido recusado pela autoridade offensora, o requerente fará explicita declaração desse facto na petição inicial.

§ 2.º Verificada a hypothesis do paragrapho anterior, o juiz ou tribunal fará inserir no mandado de citação a clausula de immediata entrega do documento necessario, sob pena de desobediencia, além da multa de 500\$ a 5:000\$000.

Art.º 5.º Desde que o juiz ou tribunal considere provada a ameaça de violencia e a liquidez e certeza do direito fundado na Constituição ou em lei federal, expedirá á autoridade offensora um *mandado de protecção*, em favor do requerente, para que aquella autoridade se abstenha da pratica do acto illicito.

Art.º 6.º Provada o consummação do acto lesivo, nos termos do art.º 1.º, o juiz ou tribunal expedirá um *mandado de restauração*, em favor do requerente, e dirigido a autoridade offensora, determinando-lhe que faça cessar immediatamente a violencia, restituindo ao paciente o pleno gozo do direito offendido.

Art.º 7.º Os mandados, de que tratam os dois artigos anteriores, devem ser escriptos pelo escrivão e assignados pelo juiz ou presidente do tribunal.

Art.º 8.º Em todos os casos em que o juiz ou tribunal, que conceder um dos mandados de que trata a presente lei, verificar que houve, da parte do agente do Poder Executivo, excesso ou abuso de autoridade, deverá mandar dar vista dos autos ao Ministerio Publico, para que este offereça a denuncia, quando lhe competir, ou represente a quem de direito, para se tornar effectiva a responsabilidade da autoridade, que assim abusou.

Art.º 9.º E' reconhecido e garantido o direito de justa indemnização e, em todo caso, das custas contadas em tresdobro, a favor de quem soffrer a violencia, contra o responsavel por semelhante abuso de poder.

Art.º 10. Da sentença de primeira instancia concedendo um dos mandados, de que trata a presente lei, cabe agravo de instrumento.

Paragrapho unico. Si a sentença fôr denegatoria do mandado requerido, o recurso será o de agravo de petição.

Art.º 11. Os juizes e tribunaes federaes julgarão as causas de que trata a presente lei, com recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Paragrapho unico. Competo ao Supremo Tribunal Federal julgar originaria e privativamente as mesmas causas, quando a lesão do direito individual proceder directamente do Presidente da Republica ou de algum dos Ministros de Estado.

Art.º 12. A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, poderá comparecer pessoalmente ou fazer-se representar pelo Ministerio Publico, na forma das leis de organização judiciaria.

Paragrapho unico. Em todos os casos, porém, será citado o procurador da Republica.

Art.º 13. A acção de que trata a presente lei prescreverá, em seis mezes, a contar da data da intimação ou publicação do acto que for objecto do litigio, e não havendo publicação ou notificação, da data em que os interessados tiverem sciencia do referido acto.

Art.º 14. A decisão final do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que a acção se basear na Constituição Federal, será sempre proferida com a presença de dez, pelo menos, de seus membros desimpedidos.

Art.º 15. A violação do julgado, por parte da autoridade administrativa, induz responsabilidade civil e criminal.

Art.º 16. Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões 14 de agosto de 1926 — *Gudesteu Pires*.

94 E este anno já foi proposto um substitutivo ao projecto do anno passado, conforme se vê do mesmo "Diario Official", de Julho, nos termos seguintes, ainda mais decisivos e como interpretação authentica doCodigo.

«Entendemos que, para os fins visados pelo illustre autor do projecto, basta estender aos direitos pessoases os mesmos

remédios de protecção que se tem mostrado sufficientes á defesa dos direitos reaes.

Assim pensando, a Commissão tem a honra de apresentar e de recommendar á approvação da Camara dos Srs. Deputados o seguinte substitutivo ao projecto n. 148, do emnente ex-Deputado por Minas, Gudesteu Pires:

Art.º 1.º Todo aquelle que fôr illegalmente privado do exercicio de um direito pessoal, turbado no mesmo exercicio, ou sob ameaça de o ser, por acto ou decisão de autoridade administrativa, poderá requerer á justiça um mandado de reintegração, de manutenção, ou prohibitorio.

Art.º 2.º O pedido inicial deverá conter a indicação das leis que conforem ou asseguram o direito do requerente e a exposição circumstanciada dos factos de onde resulte que este direito está ameaçado, turbado ou que foi violado, com os documentos que ao mesmo requerente parecerem uteis, sendo-lhe facultado ainda indicar até tres testemunhas.

Art.º 3.º Sobre as allegações e documentos do autor será obrigatoriamente ouvida a autoridade de que emanou o acto ou decisão, assignando-lhe o juiz o prazo de cinco dias, improrogaveis para que preste informações, que poderão ser tambem documentadas.

Art.º 4.º Si, em vista das allegações e da resposta (sem admittir mais discussão), achar o juiz que é certo e incontestavel o direito do requerente e que é manifesta a inconstitucionalidade do mandado prohibitorio, de manutenção ou de reintegração no exercicio do direito ameaçado, turbado ou violado mandará expedil-o.

Art.º 5.º No caso contrario, indeferirá o pedido, que não poderá mais ser renovado sendo, entretanto, licito ao requerente intentar a acção summaria especial do artigo 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, ou a ordinaria, como no caso couber.

Art.º 6.º Concedido o mandado, a causa seguirá o rito summario das acções possessorias.

Art.º 7.º Do despacho que conceder o mandado caberá

o recurso do agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal, e, do despacho denegatorio do mandado, caberá o recurso de agravo de petição.

Art.º 8.º Si, afinal, a acção for julgada procedente, o juiz declarará inefficazes e carecedores de força juridica o acto ou decisão administrativos e officiará á autoridade de que estes emanam, transmittindo-lhe immediatamente, a sentença e arbitrando desde logo nella a indemnização que se pagará ao offendido pelo prejuizo já soffrido, bem como a que, em caso de desobediencia da autoridade responsavel, deverá ser paga até que a lesão do direito violado seja reparada definitivamente para revogação, pela dita autoridade, do acto ou decisão offensivos.

Art.º 9.º Não terá logar a concessão do mandado:

a) si na data do pedido já houver decorrido mais de 30 dias da publicação notificação ou comunicação do acto ou decisão administrativos;

b) tratando-se de impostos ou de multas fiscaes, cuja cobrança se tenha de fazer judicialmente.

Art.º 10. Quando a prova do direito, da ameaça, ou da violencia depender de documento que tenha sido recusado pela autoridade, poderá o juiz, em vista da declaração explicita do interessado, requisital-o, sob pena de desobediencia e multa de 500\$ a 5:000\$000.

Art.º 11. E' competente para esta acção o juiz da secção em que for estabelecida a autoridade cujo acto lhe deu causa.

Art.º 12. A acção correrá com o procurador seccional respectivo, que se á intimado da expedição do mandado para interpor os recursos que couberem e acompanhar a causa até final decisão.

Art.º 13. O processo de que trata a presente lei será igualmente applicavel aos actos e decisões das autoridades administrativas dos Estados e dos Municipios sempre que a respectiva acção tenha de ser proposta no Juizo Federal, por ser fundada directamente em dispositivo da Constituição da Republica (art.º 60, letra a da Constituição Federal).

Art.º 14. As custas do processo serão contadas em tresdobro a favor de quem soffrer a violencia, contra o responsavel pelo acto ou decisão de que ella emanou.

Art.º 15. Além da responsabilidade criminal em que possa incorrer a autoridade de que tenha emanado o acto ou decisão offensivos do direito individual deverá resarcir á Fazenda da União, do Estado ou do Municipio o prejuizo que lhes tenha advindo do dito acto ou decisão.

Paragrapho unico. Essa acção regressiva da União terá a fórma executiva e será acompanhada da certidão da sentença que houver condemnado a Fazenda Nacional ao pagamento da indemnização.

Art.º 16. Em todos os casos em que um juiz ou tribunal que conceder um dos mandados, de que trata a presente lei, verificar que houve, da parte do agente do Poder Executivo, excesso ou abuso de autoridade, deverá mandar dar vista dos autos ao Ministerio Publico, para que offereça a denuncia, quando lhe competir, ou representar a quem fôr de direito, para se tornar effectiva a responsabilidade do referido agente.

Alt.º 17. Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das Commissões, 9 de julho de 1927. — *Afranio de Mello Franco*, presidente e relator. — *Annibal B. Toledo*. — *Sergio Loreto*, com restricções. — *Flores da Cunha*. — *Horacio Magalhães*. — *Raul Machado*. — *Francisco Valladares*. — *Luz Pinto*.

E só é para desejar que tal substitutivo seja quanto antes convertido em lei, sobretudo agora, que o *habeas corpus*, foi reduzido somente ao fim de proteger a liberdade de locomoção.

Capitulo IX

A Posse no Codigo Civil

95 Estudemos a posse em nosso Codigo.

Art.º 485. Considera-se possuidor todo aquelle que tem de facto o exercicio, pleno ou não, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade.

O nosso Codigo, como se vê, não definiu a posse; mas, do seu conceito sobre o possuidor, pode se tirar uma definição e dizer: posse é de facto o exercicio, pleno ou não, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade.

Diz-se de facto o exercicio, porque se pretende que ella é o exercicio do dominio ou propriedade, segundo o conceito de *Jhering*, do qual, ajunta o *Clovis*, no seu "Codigo Civil", vol. 3.º, "que a nossa lei foi a primeira a consagrar inteira e francamente a doutrina sobre a posse". Ha quem conteste isso; mas, não vale a pena insistir em tal ponto.

Diz-se *pleno ou não*, porque o exercício pode abranger todos os poderes sobre a coisa ou apenas alguns, como acontece na emphyteuse, no usufructo, etc.

Diz-se de *algum dos poderes inherentes ao domínio ou propriedade*, porque pode até restringir-se a um só daquelles poderes, como acontece na habitação.

E, enfim se diz *do domínio ou propriedade*, porque tal exercício comprehende não só as cousas materiaes, como tambem as immateriaes; os direitos reaes e pessoaes.

O nosso Código se destacou, assim, não só da definição de posse da theoria tradicional, mesmo modificada e alargada, pois que não mais falou do *corpo e do animo*; como tambem se destacou das definições dos Codigos civis, desde o de França e dos que a este tomaram por modelo, até os mais recentes, da Allemanha e da Suissa, uma vez que não mais falou da "*detenção de uma coisa ou gozo de um direito*", nem disse ser a posse "*o poder de facto sobre as cousas*" — ou — "*o senhorio effectivo das cousas*".

Preferiu aquella formula: — "*exercício do domínio ou propriedade*". —

Todavia, o Código não nos leva com isto a uma noção mais perfeita da posse.

Antes, somos induzidos pelas suas expressões á formula confusa do *Jhering*, formula que o Código tornou tambem contradictoria e incompleta.

De facto, é confusa, porque, conforme já demonstrámos, o exercício do domínio ou propriedade tanto comprehende a *posse* como a *detenção*, visto que ambas são manifestações de nossa vontade sobre as cousas, são apparencias ou exterioridades de nossas relações com ellas, e, entretanto, no ensino do proprio *Jhering*, a detenção e a posse são factos distinctos, tendo a primeira, como elle mesmo o declara, effeitos menores do que a segunda; sendo aquella um simples facto e, esta, um direito.

Depois, é contradictoria, porque, definindo possuido: aquelle que tem de facto o exercício, pleno ou não de algum

dos poderes do dominio ou propriedade, não podia, logicamente, declarar possuidor o credor pignoratício, o usufructuario e o locatario, *que exercem temporariamente o poder sobre as cousas* (possuidores directos) e, ao mesmo tempo tambem possuidores, aquelles de quem estes houveram as cousas e, que, portanto, *não exercem poder nenhum porque os transferiram aos primeiros*, (possuidores indirectos).

Enfim, é incompleta, porque, conforme observam *Clovis, Tito Fulgencio e Azevedo Marques*, o Codigo não nos dá em seu art.º 485 o conceito integral da posse, obrigando-nos a ir procurar o complemento da noção nos artigos seguintes, em que elle exclue da definição de posse o simples detentor da coisa em nome de outro e em cumprimento ás ordens d'elle, como o operario e o empregado, na conformidade do art.º 487; e, em que elle exclue os que têm a coisa em seu poder por actos de mera permissão ou tolerancia de seus donos, como acontece nos casos de passagem por terreno alheio ou de emprestimo de qualquer coisa, enquanto o proprietario consente, na conformidade do art.º 497.

Foi preciso, pois, que esses dous artigos nos dissessem quem não é possuidor para podermos ter uma noção mais precisa de quem seja possuidor.

Nem disse tão pouco o Codigo, segundo pondera o *Azevedo Marques*, que o exercicio do possuidor sobre a coisa deverá ser feito em nome proprio e não em nome alheio.

Nestas condições, o Codigo não nos deu uma definição boa da posse, quando, entretanto, a posse não passa de *poder sobre as cousas*, seja de facto ou de direito, seja um poder actual ou virtual, seja de cousas que estão ao alcance de nossa vista, ou de cousas que estão apenas ao alcance de nossa vontade, até onde seja possivel levar a acção desta, porque, — *o exercicio pleno ou não do dominio ou propriedade* — presuppõe inevitavelmente esse poder, ou não existe.

E, enfim, o Codigo, si não allude mais explicitamente ao corpo e ao an'imo como elementos constitutivos da posse, implicitamente os reconhece — tal é a força dos factos — por-

que, no art.º 485, considera a posse *de facto o exercicio, pleno ou não, de algum dos poderes do dominio ou propriedade*, o que é o *corpus* da posse; e, nos arts. 487 e 497 exclue as relações de dependencia e os actos de mera tolerancia ou permissoão, só admittindo a posse nos que têm a causa por conta propria, na qualidade de donos ou por força de alguma lei ou contracto, que é o *animus* da posse.

Art.º 486. Quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario, se exerce temporariamente a posse directa, não annulla esta ás pessoas, de quem elles a houveram, a posse indirecta.

96 Este artigo foi copiado do art.º 868 do Código Allemaão, que se exprime nestes termos.

Si alguém possue uma coisa como usufructuario, credor pignoratício, rendeiro, locatario, depositario ou em virtude de uma relação semelhante, por força da qual se acha temporariamente com o direito ou em obrigação relativamente a outro, este ultimo é egualmente possuidor. (posse indirecta).

Aqui o Código creou um só typo de posse, com duas faces: a da posse directa, para aquelles que, por força de obrigação ou direito, exercem temporariamente o poder de facto sobre as cousas; e a da posse indirecta, para os que são os proprietarios das cousas ou pelo menos, os possuidores em nome proprio e por sua conta e cederam aos primeiros aquelle poder. Ambos são, portanto, possuidores de egual categoria, embora uns tenham e outros não o poder de facto, e, embora, não possam os primeiros adquirir o dominio de taes cousas por usucapião, senão depois de 30 annos, visto lhes faltarem

o justo titulo e a boa fé, o que não succede aos possuidores por conta propria.

Savigny, no seu "Traité de la Possession", n.º 23. nos fala, é certo, de uma posse *originaria* e outra *derivada*, sendo a primeira constituída pela apprehensão da cousa com animo de dono e a segunda somente com o animo de posse. Não seria mesmo possível, neste caso, querer alguém considerar a cousa sua, visto que o direito de propriedade de outro era expressamente reconhecido. Mas, para elle, os casos de posse derivada eram casos de excepção e apenas comprehendiam a *emphyteuse*, o credito *pignoraticio*, o deposito, e o *precario*, em que se transmittia o *jus possessionis*, sem a propriedade.

Os outros casos geraes, porém, eram de simples detenção, em que o dono não transferia sua posse, ainda quando cedesse a outrem a cousa; o locatario, o mandatario, exerciam o poder sobre as cousas como representantes da posse de seus proprietarios.

Segundo a doutrina corrente até o advento do Código, deixando de parte a excepção da posse derivada do *Savigny*, aquelle que *detinha a cousa* com o *animus domini* é que era possuidor.

Desde que a posse se constituia pela reunião dos dous elementos tradicionaes do corpo e do animo, embora já muito dilatados em sua significação pela evolução das ideas e necessidades sociaes novas, salvo casos especiaes mencionados em lei, como o da posse do herdeiro nos bens do *de cujus*, apenas aberta a successão, só era possuidor quem tinha em seu favor os dous requisitos; e, por isso, não eram possuidores os locatarios, mandatarios, etc.

Sempre se sustentou esse ponto de vista, que foi seguido pela grande maioria dos civilistas.

O Código rompeu com essa tradição, diz-se, para se accommodar á theoria de *Jhering* e determinou que a posse originaria, assim como a posse derivada e a detenção sobre as cousas passassem a constituir uma só especie de posse com dous aspectos differentes: a posse indirecta, do dono ou pos-

suidor por conta propria; e a directa, dos que, por obrigação ou direito, exercem temporariamente o poder de outrem.

Podia fazer assim o Codigo, porque é a lei; mas, assim procedendo, violou o direito e a logica, porque, não podem muitas pessoas exercer ao mesmo tempo o mesmo poder sobre uma cousa, salvo o caso da composesse, em que o poder se exerce em commum, o que não acontece com os possuidores directo e indirecto deste artigo; e, porque, não pode conservar de facto sobre a cousa o exercicio, pleno ou não, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade, o possuidor indirecto, que cede todos esses poderes ao possuidor directo.

Os civilistas allemães procuram por varias razões justificar seu Codigo, tendo sempre em vista um fim de utilidade pratica. No seio da Commissão elaboradora do projecto houve divergencias segundo informa *Planck's*, "Kommentar" vol. 3. n.º 7, pensando uns que o locador, por ex., conserva a posse e outros, que o locatario é o unico possuidor verdadeiro, não ficando o locador senão com um interesse digno de protecção.

A maioria decidiu, é certo, que o possuidor indirecto fosse tratado tambem como possuidor; mas, declarou-se que essa disposição era de direito positivo, não se podendo tirar della nenhuma conclusão para a natureza juridica da posse indirecta. Só a posse directa se ajusta ao conceito do poder de facto. Na posse indirecta está incluída a idéa da simples posse civil do Direito Romano, posse sem detenção, a posse do proprietario, que cedia a cousa ao estranho.

Endemann, "Lehrbuch", vol. 2, § 32, ensina que — "a especie de posse indirecta se caracteriza pela circumstancia de ser reconhecida uma posse sem o poder de facto; que o possuidor directo não quer exercer o poder possessorio em nome proprio, mas, como intermediario do outro, recebendo essa vontade firmeza e efficacia juridica com a relação de dependencia autorisada entre as partes interessadas, em virtude da qual o possuidor directo é somente obrigado ou autorisado temporariamente á posse em relação ao possuidor indirecto;

e, que, para solução dessa relação reciproca a lei estabeleceu uma posse dupla — *o possuidor directo e o indirecto conservam a coisa ao mesmo tempo em uma posse indivisa*". —

Kuhlebeck, "Von den Pandekten zum Bürger. Gesetzbuch", vol. 2.º § 8, assera que — ao lado do detentor, pressuposto no § 868 do Código, dotado com a protecção possessoria, conserva tambem o outro a posse. Si quizermos entender a posse, segundo a definição predominante que apparece no Código, como simplesmente o *poder de facto sobre as cousas*, de certo se nos affigurará esse principio um enigma insolúvel, uma *contradictio in adjecto*, pois que, dando-se como base da posse tal definição, restaria o principio *possessio plurimum in solidum esse non potest*, um principio logico como o principio da identidade. Mas, que, a posse, no sentido juridico do Código, aquella posse que elle tem querido praticamente, não é mais do que um direito de facto protegido relativamente na coisa e que não fere a logica reconhecer um tal direito, desde que elle não collide com a posse derivada, tambem no senhor da posse, no possuidor originario, ou, como chama o Código em uma terminologia menos feliz, no possuidor indirecto, com relação aos terceiros, pois se trata de um direito á coisa protegido relativamente, mas, não absolutamente". —

Muito bem pondera Gondim Filho, "Revista Academica", pag. 107, anno 31: — "o legislador pode certamente, ampliando o conceito da posse, conceder a certos detentores a protecção possessoria, como agora foi estabelecido em nosso direito; mas, que entre a vontade dos mesmos e a dos que detêm como proprietarios não haja differença, é o que não posso conceber, porque o elemento subjectivo ou objectivo de qualquer direito não se transforma ou desaparece com o exercicio do mesmo.

A apparencia ou a exterioridade não opera o nivelamento das differenças intrinsecas, porque todos os direitos, que conferem poderes semelhantes, se confundiriam no exercicio". —

97 Tambem não foi feliz o Código na enumeração sim-

plesmente exemplificativa que fez dos possuidores directos, quando devera ter feito uma enumeração completa, ou empregado uma formula generica, pois, como advert: *A. Rezende*, "Da Posse", n.º 175, alem do usufructuario, do credor pignoratício e do locatario, tambem são possuidores directos: o emphyteuta, o titular da servidão, o usuario, o habitador de um predio, o credor anticretesista, o commodatario, o depositario, o transportador, o administrador, o testamentario e o inventariante, o syndico e o liquidatario, os directores de uma sociedade, o marido com relação aos bens do casal, o pae com relação aos bens dos filhos, o tutor, o curador, em summa, todos os que se acham nas mesmas condições que os tres expressamente indicados, em cujo numero igualmente nos parece dever estar o *mandatario*.

Salcilles entende, com razão, que o *mandatario* deve estar incluído na categoria dos possuidores directos, porque — "a base de sua relação com a coisa reside num contracto; os vinculos contractuaes, que limitam suas facultades, são obrigatorios.

Todo contracto crea garantias e delimita facultades permitidas e isto basta para constituir sobre a coisa uma esphera de poder independente". —

E *Clovis* aqui repete ainda palavras de *Salcilles*, sobre a differença entre a detenção e a posse directa, que elle denomina posse subordinada; existindo a primeira quando não ha uma iniciativa pessoal da parte do detentor, mas, simples contacto material; e existindo a segunda, quando, por mais limitada que seja, ha essa iniciativa pessoal, ella existe e se faz sentir. *O detentor é instrumento da posse de outrem*: o possuidor exerce um poder pessoal proprio.

Assim se pode, pois, dizer que é possuidor, conforme o Codigo:

a) aquelle, que tem a coisa a seu serviço e exerce sobre ella todos os poderes inherentes ao dominio ou propriedade por sua propria conta;

b) o que adquiriu um direito real sobre a coisa alheia,

como o emphyteuta, o usufructuário, o titular da servidão, o usuário, o habitador, o credor das rendas consignadas no imóvel, o credor pignoratício e o credor antichrético;

c) e, enfim, qualquer outro que, por contracto ou determinação da lei, é autorizado a exercer temporariamente sobre a coisa um poder, como sejam: o locatário, o mandatário, o commodatário, o depositário, o transportador, o administrador, o testamentário, o inventariante, o director, o marido, o pae, o tutor, o curador.

—“Ahi está, diz A. Rezende, a grande inovação operada pelo Código Civil”. —

Entretanto, sem tal inovação, mutiladora do conceito tradicional e logico da posse, poder-se-ia ter conseguido o mesmo resultado, isto é, dar a protecção possessoria a certos detentores interessados, como aquelles de que cogita a primeira parte do artigo 486, e os demais de que nos temos occupado e que se acham nas mesmas condições delles.

Mas, A. Rezende vai adiante e avança que a reforma realizada pelo Código foi completa e radical, além de salutar e accôrde com as exigencias da sciencia jurídica desenvolvida nos Codigos mais modernos, pois a sciencia jurídica moderna condemnou já definitivamente o methodo de procurar o fundamento do direito unica e exclusivamente na vontade do homem.

A' nós parece, porem, que tal reforma nem foi completa ou radical, nem trouxe nenhuma utilidade pratica, ficando a mesma aquella parte essencial das garantias possessórias, nem conformou-se com as exigencias da sciencia moderna, pois nunca foi abandonado, nem pode ser porque se funda em a natureza das cousas, o methodo de procurar o fundamento do direito na vontade do homem.

O direito, já o dissemos, pelo seu lado objectivo é a *norma agendi*, isto é, a lei garantindo os nossos licitos interesses á vida; mas, pelo seu lado subjectivo, é a *facultas agendi*, isto é, a vontade do homem, vontade de viver, de expandir-se, de es-

tender a sua personalidade e dominar cada vez mais o mundo exterior, conforme a lei do progresso.

Segundo escreveu *Lerter Word*, na sua "Sociologie Puro", — "o desejo é a força social e onde não ha desejo, não ha vontade, não ha força, não ha energia social. A civilização é o producto da energia social activa".

Para proteger e garantir essa vontade de agir do homem é que foi feita a lei. E' sempre a vontade do homem, dentro das raias da moral e não offendendo os licitos interesses dos outros, que o direito protege e garante com as suas sanções, para que ella possa servir aos interesses de cada um e da sociedade.

Já *Savigny*, "Systema del Diritto Romano", vol. 1.º, § 4, dizia ser o direito — "o poder que pertence a cada pessoa, uma esphera na qual a vontade desta reina e reina com o nosso consentimento. Dito poder nós o chamamos direito desta pessoa, no sentido de faculdade: muitos o chamam direito no sentido subjectivo". —

Sem repetir os conceitos de *Windcheid* e de *Coviello*, já citados neste trabalho, podemos invocar os de muitos outros.

Assim *Wendt*, (Notas a *Windcheid*) declara ser o direito, no sentido subjectivo, "todo poder da vontade reconhecido e concedido pela ordem juridica e, por poder da vontade, se entende toda faculdade no campo juridico, quer se faça questão de querer e de agir, quer antes de ter e de possuir".

Assim *Bekker* (Notas ao *Windcheid*) expõe que — "elle é a protecção dos interesses fornecendo base para o poder da vontade do protegido".

Assim *Simoncilli*, "Inst. di Diritto Privato", n.º 18 : — "o direito subjectivo é o poder que o ordenamento juridico reconhece á vontade do homem para fazer valer seu interesse; é o poder da vontade enquanto suppõe o homem com as suas faculdades e, especialmente, com a que preside o agir, a vontade.

Dahi derivam as relações sociais que o ordenamento juridico protege". —

Assim *Carlos Crome*, "Diritto Privato Franceze Moderno", § 13 : — "por direito no sentido subjectivo nós entendemos uma faculdade reconhecida e protegida pela ordem juridica objectiva *de manifestar a vontade de modo dado*". —

Assim *Ed. Picard*, no seu "Le Droit Pur", que a verdadeira escola do direito é a sociedade, a rua, a vida humana, ainda mais que as Universidades ou Academias, onde os homens representam o principal papel, porque é delles (como vehiculos ultimos das reservas cosmicas inexgotaveis) que saem as expressões juridicas, theoreticas, legislativas, positivas, e porque é para elles, para favorecer a *expansão de sua essencia*, que o direito existe.

E' certo que o *Jhering*, no seu "L'Esprit du Droit Romain", vol. 4, repelle essa doutrina porque ficariam sem direito as pessoas incapazes de vontade, as quaes, entretanto, o direito protege: de modo que elle não é a protecção das vontades; porem, *dos interesses*.

Mas, não tem razão, porque, em primeiro logar as pessoas sem vontade, os menores, os loucos, são seres de desenvolvimento incompleto ou imperfeito, aos quaes a lei, por isso mesmo soccorre, presumindo suas vontades e dando-lhes representantes que por elles falem e ajam, e, em segundo logar, porque, protegendo as vontades das pessoas, protege a lei os seus interesses, visto como esses interesses estão contidos em suas vontades, de que são os fins determinantes.

O proprio *Jhering*, "L'Esprit du Droit Romain", vol. 1, nos ensina, n.º 10, que não ha direito que não tenha procedido da força individual e cujas origens não se percam no baixo fundo obscuro da força physica.

E, em "L'Evolution du Droit", explica que não ha vontade sem um fim de utilidade a que se dirija no interesse do individuo; que a forma pela qual o direito objectivo protege os nossos interesses é a do direito subjectivo, pois ter um direito significa que existe alguma coisa para nós que o poder do Estado reconhece, pelo qual elle nos concede sua protecção; e, enfim, n.º 50, que a machina deve obedecer ao en-

genheiro, a arte mecânica lhe dá o poder de constrangê-la. Mas, a força que dirige o mecanismo da sociedade humana é a vontade do homem, que, diferente nisto das forças da natureza, têm por si a liberdade.

N. Stolfi, "Diritto Civile", vol. 1, 366, diz que a opinião do Jhering é unilateral, visto que, mais do que a essência do direito, só considera seu fim; podendo existir importantes interesses que não hajam sido elevados ainda à dignidade de direitos subjectivos e devendo ter o elemento da vontade sua parte na determinação dos direitos subjectivos. A escola moderna, por isso, acrescenta elle, tende a harmonisar e coordenar os dous elementos e definir o direito subjectivo como o poder de agir para satisfação dos proprios interesses, tutelado pela ordem jurídica: definição que demonstra os dous requisitos integrantes da noção do direito subjectivo: o poder da vontade e a utilidade que ella deve alcançar.

E. Eduardo Espinola, "Systema de Direito Civil Brasileiro". Parte 2.º, cap. 1.º, reproduzindo Chironi e Abello em seu "Diritto Civile", se exprime em termos ainda mais precisos: "Não é possível dizer se si é mais relevante para a formação do direito subjectivo a faculdade natural de agir, abstractamente considerada ou o fim que lhe dá movimento isto é, o interesse de agir. Mas, quando se reflecte que o direito objectivo se dirige á vontade individual, regulando-a e limitando-a, bem se comprehende que na definição de direito subjectivo não pode deixar de estar a idéa de faculdade de manifestar a vontade em accordo com a norma jurídica. O interesse, a satisfação de um gozo vem a ser o fim a que se destina a vontade do individuo; mas o direito objectivo não se refere directamente a esse fim, applica-se aos meios de atingil-o, sem prejuizo dos interesses collectivos.

Assim, na noção do direito subjectivo já está contido o interesse, porque a actividade o esforço permittido pela lei tem sempre em vista um fim desejado, naturalmente por ser util.

E' preciso observar que, si o direito subjectivo encerra a

faculdade de querer, essa vontade não é sempre e necessariamente uma vontade effectiva; e, por isso, até os incapazes de vontade podem possuir direitos independentemente da existencia de quem os represente e é egualmente possível ter alguém direitos ignorando que os possue". —

Por conseguinte, o fundamento do direito ainda é, pelo lado subjectivo, conforme o ensino da sciencia moderna, a vontade do homem, que se dirige pelo interesse e para a satisfação do interesse.

Ainda mais.

Descendo do terreno dos principios para o da pratica nós verificamos que a preocupação das leis é proteger e garantir a vontade dos individuos.

Assim a Constituição assegura, no art.º 72 a todos a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança e á propriedade, começando por preserever que — "só não pode a pessoa fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quando a lei o prohiba".

Nas relações do Direito Civil, dispõe o Código, art.º 85: em declarações de vontade se attenderá mais á *intenção* que ao sentido litteral da linguagem.

E, continuando, determina serem annullaveis todas as manifestações de vontade, que forem viciadas por erro substancial, que forem obtidas por dolo ou não estiverem livres de coacção ou forem simuladas.

E' assim que, no art.º 129 e seguintes, procura cercar a *declaração da vontade* de certos requisitos para authenticar-lhe a existencia e facilitar-lhe a prova.

E' assim que, no art.º 145 e seguintes, prescreve a nullidade do acto, si a *declaração de vontade* não está revestida das formalidades necessarias para produzir fé.

E' assim que no art.º 197, manda suspender a celebração do casamento, si algum dos contrahentes recusa: a *sollemne affirmação* de sua vontade; ou declara não ser esta livre e espontanea; ou se mostra arrependido.

E' assim que, no art.º 649, concede ao autor de qualquer obra litteraria, scientifica, artistica, o *poder exclusivo* de re-produzilas.

E' assim que, no art.º 896, dispõe que a solidariedade não se presume; mas, resulta da lei ou da *vontade das partes*.

E' assim que, no art.º 1079, estatue que a *manifestação da vontade* nos contractos pode ser tacita, quando a lei não exige que seja expressa.

E é assim que, no art.º 1626, preccitua que — "*qualquer pessoa pode dispor do seu patrimonio*, em todo ou parte, para depois de sua morte, etc., etc.

A' vista do exposto nós concluimos que não foram bõas as innovações realizadas peloCodigo, relativamente aos dous artigos que temos analysado.

Art.º 487. Não é possuidor aquelle que, achando-se em relação de dependencia para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instrucções suas.

98 Completa este artigo, diz o *Clovis*, a noção da posse, excluindo della o simples detentor de coisa alheia, que mantém a posse em nome de outrem ou em cumprimento das instrucções do possuidor. Tal é o caso do empregado que conserva os objectos do patrão sob sua guarda, do operario, a quem o dono da obra ou da officina entregou instrumentos para realizar certo serviço, daquelle que, na qualidade de preposto, recebeu alguma coisa do dono para entregar a outrem.

Art.º 488. Si varias pessoas possuirem coisa indivisa ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma dellas exercer sobre o objecto commum actos possessorios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

99 O caso deste artigo é o da cõmposse. A cõmposse é, segundo esse artigo, o facto de muitas pessoas exercerem ao

mesmo tempo o mesmo poder sobre uma cousa ou um direito. A lei admite essa communhão, contanto que os actos de um não excluam os actos dos outros compossuidores. Tem cada um então uma parte incerta e só pode dispor dessa parte, diz o *Lafayette*; a relação de direito entre os compossuidores é a de só poder cada um exercer sobre a cousa actos possessorios que não excluam a posse dos outros. Não ha pluralidade de vontades a dominar a cousa possuida; e sim, uma só, a vontade commum, quer se trate de cousa divisivel ou indivisivel, emquanto não dividida. Cada compossuidor exerce a posse e usa dos interdictos contra qualquer pessoa que o ameace, perturbe, ou prive de sua situação, ainda mesmo que seja outro compossuidor.

São compossuidores: o marido e a mulher, na constancia do casamento; os herdeiros, antes de se realizar a partilha; os condminos, na propriedade em commum, de que trata o art.º 623 do Código Civil. Desta communhão se podem livrar as partes quando quizerem, pois a todo tempo é licito ao condmino exigir a divisão da cousa commum, conforme o art.º 629.

Art.º 489. E' justa a posse que não fôr violenta, clandestina ou precaria.

100 A posse violenta é a que se adquire pela força e é a violencia inicial que constitue o vicio. Desde que a posse é firmada, a resistencia passiva do possuidor a actos de perturbação ou de esbulho do terceiro, ou a repulsa, que o possuidor realize em relação a este não são mais vicios.

Clandestina é a posse que se adquire ás escondidas do dono da cousa.

Pecaria é a posse que resulta do abuso de confiança por parte daquelle que deve restituir a cousa, que recebeu por favor, do dono, e não quer entregal-a.

Art.º 490. E' de boa fé a posse si o possuidor ignora o vicio ou o obstaculo que lhe impede a aquisição da cousa ou do direito possuido.

§ Único. O possuidor com justo titulo tem por si a presumpção de boa fé, salvo prova em contrario ou quando a lei expressamente não admittir a presumpção.

101 Vicio da posse é todo facto que a torna illegal. *Clovis* pensa que esse vicio pode ser *subjectivo*, si se refere á intenção do individuo, como o conhecimento que elle tem de que a cousa não lhe pertence, a má fé; ou *objectivo*, si se refere aos factos externos da violencia, da clandestinidade ou da precariedade, modos de adquirir a posse.

Justo titulo é o titulo habil para conferir ou transmittir a posse.

Art.º 491. A posse de boa fé só perde esse character no caso e desde o momento em que as circumstancias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Ainda aqui, diz o *Clovis* que as circumstancias capazes de fazer presumir a má fé do possuidor podem variar, mas, que os autores costumam reduzi-las ás seguintes: confissão do proprio possuidor, de que não tem nem nunca teve titulo; nullidade manifesta deste; o facto de existir em poder do possuidor instrumento repugnante á legitimidade de sua posse.

Art.º 492. Salvo prova em contrario, entende-se manter a posse o mesmo character com que foi adquirida.

102 A posse que começou sem vicio, continua com essa qualidade e com ella se transmite aos successores; ao contrario, a viciosa se mantêm com sua macula, salvo prova de que foi expurgada della.

E, adiante mesmo nós veremos, quanto ao art.º 497, que, si não autorisam a adquisição da posse os actos de violencia ou clandestinidade, todavia, cessados esses estados, a adquisição se consunna e legitima sob o silencio e annuencia do primitivo possuidor.

Capitulo X

Adquisição e Transmissão da Posse

Vejamos os meios de adquirir e de transmittir a posse:

Art.º 493. Adquire-se a posse:

I. Pela apprehensão da coisa ou pelo exercicio do direito.

II. Pelo facto de se dispor da coisa ou do direito.

III. Por qualquer dos modos de aquisição em geral.

§ Unico. E' applicavel á aquisição da posse o disposto neste Codigo, arts. 81 a 85.

103 Entende *Clovis* que esse artigo é ocioso, porque, em face da doutrina aceita pelo Codigo, si a posse é o estado de facto correspondente ao exercicio da propriedade ou de seus desmembramentos, sempre que essa situação se definir nas relações juridicas, haverá posse.

E, si queriam um artigo sobre a aquisição da posse, bastava o n.º 3, do art.º acima.

O Código Allemão exprimiu isto numa formula synthetica.

Declarou no art.º 854: — “a posse de uma coisa se adquire pela obtenção do poder de facto sobre essa coisa”. —

E, segundo Windeheid, vol. 1.º, 153: — “a posse se adquire logo que ambos os momentos de seu conceito, poder effectivo e vontade de appropriação em um caso dado, se juntam na realisação concreta. Mais exactamente: ella se adquire logo que a vontade de appropriação se concretiza no ler o poder de facto. A obtenção do poder de facto sobre a coisa não presuppõe o contacto material da coisa. Quem se acha em presença da coisa, si ninguem de outra parte lhe impede a possibilidade de agir sobre ella á sua vontade, tem o poder de facto sobre a coisa, como aquelle que a tem em mão ou sob os pés”.

Todavia, para melhor elucidação do assumpto, sempre se faz uma enumeração dos casos de apprehensão.

O Código preferiu esse systema e, antes de tudo, fala da apprehensão.

A apprehensão é, como já se disse, reproduzindo o *Randa*, “*Der Besitz*”, o acto que proporciona o poder de facto sobre as cousas.

A apprehensão se objectiva, em geral, quanto aos immoveis, segundo *Lafayette*, “*Dir. das Cousas*”, n.º 10 :

- a) pela presença do adquirente no terreno;
- b) pelo ingresso nelle, apenas em parte;
- c) pela aproximação de modo que o aviste.

Havendo no lugar outra pessoa que se attribua a posse do immovel, o adquirente terá de repellil-a dahi ou de entrar em accordo com ella, para ficar só ou em compossessão.

E, quanto aos moveis:

- a) quando o adquirente os toma nas mãos;
- b) quando a coisa é posta diante delle;
- c) quando é entregue a terceiro, na presença e por ordem do adquirente;
- d) quando o adquirente assignala o objecto;

e) quando recebe a chave da casa ou objecto em que está guardada a cousa;

f) quando a cousa é entregue na casa do adquirente e por ordem sua;

g) quando, enfim, a cousa, sendo apresentada ao adquirente, este a confia a terceiro.

Os casos enumerados são de posse adquirida de outrem. Nos outros casos de posse de cousas *nullius*, ou contra a vontade do possuidor, é preciso que a manifestação da vontade seja feita por um acto energico e positivo.

Assim, as aves e animaes bravios devem ser apanhados ou pelo menos perseguidos e feridos pelo caçador, segundo o art.º 595, embora outrem o tenha apprehendido.

Tambem no thesouro occulto nalguma propriedade, só tem posse o dono desta, depois que elle é descoberto e colhido ás mãos; sendo todo elle do proprietario, si fôr elle o achador ou alguém por mandado d'elle, porque, si fôr achado por outrem, casualmente, terá de ser igualmente repartido, segundo os arts. 607 e 608.

A apprehensão se objectiva tambem pelo simples facto de dispor o individuo das cousas ou do direito, isto é, pelo simples facto de manifestar sua vontade sobre elles, deslocando-os, utilizando-os ou dando-lhes o destino que entender.

A simples convenção bastará, então, para aquisição da posse?

No Direito Romano, não; era necessar o um acto externo; mas, os Codigos Modernos rejeitaram, geralmente, o principio romano, a começar pelo Prussiano. O Codigo Allemão declara que o accordo das vontades do antigo possuidor e do adquirente basta para a aquisição da posse, quando este se acha em situação de exercer seu poder sobre a cousa: art.º 854.

O Codigo Suisso tambem dispõe que a posse se pode adquirir sem tradição, quando um terceiro ou o proprio alienante fica em posse da cousa por um titulo especial: art.º 924.

O Codigo Japonez igualmente determina que a cessão da

posse se pode realizar mediante simples declaração da vontade das partes: art.º 181.

É' a doutrina geral o justa.

Contudo, em dois casos, no proprio Direito Romano, se fazia a transmissão convencional da posse: na *traditio brevi manu* e no *constitutum possessorium*.

A *traditio brevi manu* convertia a detenção em posse pela mudança da vontade do detentor, que, não querendo mais ter a coisa para outrem, passava a tel-a para si.

A esta *traditio* se oppunha a *traditio longa manu*, que era o modo de adquirir pela vista da coisa, considerando-se a vista como uma longa mão.

O *constitutum possessorium*, pelo contrario, convertia a posse em detenção pela mudança da vontade do detentor que, não querendo mais ter a coisa para si, passava a tel-a para outrem.

E a apprehensão se objectiva, finalmente, por qualquer dos modos de aquisição geral, isto é, pela compra, pela doação, pela dação em pagamento, pela successão legitima ou testamentaria, sendo que, nestes casos, dá-se a tradição real ou a tradição ficticia das cousas ou dos direitos, como no caso da transmissão da posse aos herdeiros logo depois da morte do *de cujus*, ainda que elles a ignorem, conforme a disposição do art.º 1572; e, como no caso dos moveis e objectos que estiverem encerrados nos immoveis, e cuja posse se presume, conforme o art.º 498: assim como pela accessão, pelo usucapião, pela occupação, especificação e tradição.

104 Enfim, o Código diz, no § unico, ser applicavel á aquisição da posse o disposto sobre o agente capaz, isto é, o sujeito em plena integridade de suas funções mentaes e em pleno gozo de seus bens; sobre o objecto licito e possível, isto é o que não seja inappropriavel, não esteja fóra do commercio e não seja contrario aos preceitos moraes; e sobre a forma que o acto deve revestir nas relações praticas da vida, para garantir a authenticidade delle e certificar sua existencia; forma

que as vezes é solemne, insubstituivel, ora simplesmente necessaria para a prova, mas substituivel por outra, e ora deixada á vontade das partes, não contrariando nenhum preceito legal.

As pessoas absolutamente incapazes serão representadas por seus paes, tutores ou curadores em todos os actos juridicos; as pessoas relativamente incapazes, pela pessoa e nos actos que oCodigo determina. O que significa que os incapazes absolutos: loucos, surdos-mudos completos, menores de 16 annos e ausentes, não podem adquirir posse senão por intermedio de seus representantes, porque, embora tenham o *corpo* da coisa, não têm o *animo*. Os incapazes relativos: os maiores de 16 annos, os prodigos, os selvicolas e a mulher casada já podem adquirir a posse porque, ao *corpo* podem ajuntar um *meio animo*, que será completado pelo de seus representantes legaes: paes, tutor, curador, marido.

Entre as pessoas incapazes, que só poderão adquirir a posse, conserval-a, transferil-a, defendel-a e perdel-a por intermedio de seus representantes legaes, administradores ou directores, se acham as *pessoas juridicas*: associações ou fundações, conforme oCodigo, no art.º 17.

Art.º 494. A posse pode ser adquirida:

- I. Pela propria pessoa que a pretenda
- II. Por seu representante ou procurador
- III. Por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação
- IV. Pelo constituto possessorio.

105 Quanto ao primeiro ponto, já vimos, a posse pode ser adquirida pela propria pessoa, capaz, e que pratique algum acto demonstrativo de que quer a coisa para si como dono.

Quanto ao segundo, também já vimos, si a pessoa é incapaz, pelo seu representante legal; e, si é capaz e não quer ou não pode realizar o acto necessario á aquisição, pelo seu

procurador, que é o representante convencional, munição do instrumento que o habilita a agir em nome de outro: a procuração.

Quanto ao terceiro, pode ainda ser adquirida a posse por um individuo não autorizado por uma procuração, mas, procedendo como gestor de negocios, aquelle que officiosamente se apresenta agindo por outro, desde, que esse outro approve o acto, ratificando-o.

Quanto ao quarto, se adquire a posse tambem pelo constituto possessorio, que é a operação pela qual aquelle que possuía em seu proprio nome, passa, em seguida, a possuir em nome de outro, como quando alguém compra um objecto e o deixa em poder do alienante, na qualidade de locatario.

A clausula *constituti*, porem, não se presume, deve ser expressa ou resultar de clausula expressa.

Art.º 495. A posse se transmite com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatarios do possuidor.

Art.º 496. O successor universal continúa de direito a posse de seu antecessor; e, ao successor singular, é facultado unir sua posse á do antecessor, para os effectos legaes.

106 No velho Direito Romano a posse não se transmittia do *de cuius* para os seus herdeiros. A successão, mesmo universal, fazia passar ao successor os direitos patrimoniaes do defuncto, mas, não a posse. Todavia, já se admittia que a posse do successor, em certas condições, se pudesse reunir á do antecessor para fazer uma só. A posse tambem nunca se transmittia ao legatario.

E' antiga a controversia, si em relação a posse, ha successão.

Os que sustentam que a posse é um facto, negam, por-

que o facto existe independente da pessoa e não se pode por isso transmittil-o aos herdeiros.

Os que pensam que a posse é um direito, affirmam, porque todos os direitos se transmittem da mesma maneira.

Mas, conforme lembra o *Stolfi*, "Diritto Civile", 125, a posse é um direito especial, ligado sempre ao facto e de tal modo que si este desaparece, ella tambem se extingue; e, por isto, em principio não se pode ter successão verdadeira e propria na posse, mas se tem uma successão no tempo, quando ella se transfere de uma pessoa á outra: tanto é verdade que o *accipiens* se torna possuidor, ainda que o *tradens* não tivesse a posse; e pode estar em bôa fé, enquanto o outro estava de má fé. Os juriseultos romanos perceberam a difficuldade ante a impossibilidade logica de admittir a successão na posse; mas, uma vez que era opportuno que o herdeiro adquirisse a mesma posição juridica do defuncto tambem em relação á posse, crearam o instituto da *accessio possessionis* ou *accessio temporis*, primeiro para a herança e depois para a successão á titulo particular. As duas formas da *accessio* foram conservadas distinctas, porque, na primeira, o herdeiro devia necessariamente continuar a posse do defuncto, e, na segunda, o successor a titulo particular era livre de unir sua posse a do antecessor, conforme essa união lhe fosse ou não conveniente.

E, tal doutrina passou para os codigos modernos, com o mesmo caracter que tinha no direito Romano.

Paul Girard, "Droit Romain", 309, por sua vez nos diz, sob a epigraphe — "junctão das posses" — que logicamente não pode haver successão na posse, mas, que o Direito Romano chegou a admittir o contrario, quer para os successores a titulo universal, quer mesmo para os de titulo particular, devendo-se, porem, fazer sempre a distincção entre a *successio in possessionem*, propriamente dita e a *accessio possessionis*.

O successor á titulo universal, explica elle, por ex., o herdeiro, continúa a posse de seu autor, lhe succede sem in-

terrapção, ainda mesmo que elle, não tivesse tomado posse da cousa desde a data do fallecimento — porque *hereditas jacens sustinet personam defuncti* — salvo algum acto de interrupção natural. Não ha mesmo reunião das duas posses; ha simplesmente continuação da posse primitiva, o que faz que o herdeiro continue a usocapir, ainda mesmo que estivesse de má fé, si seu autor estava de boa fé no inicio da posse; e, ao contrario, que não possa usocapir, apezar de sua boa fé, si seu autor estava então de má fé.

O successor a titulo particular, *comprador, legatario*, etc., começa, ao contrario, uma posse nova, podendo, entretanto, juntar á sua propria posse a de seu autor, si esta ultima lhe é util, uma vez que esse autor tivesse estado de boa fé.

Emfim, Mainz, “Dir. Rom., vol. 1.º, 199, confirma — “A *accessio possessionis* tinha sido desde logo admittida em duas instituições pretorianas, o *interdictum utrubi e a prescriptio longi temporis*; ella foi em seguida applicada ao usocapião. Esta applicação se fazia facilmente e de uma maneira absoluta á *successio per universitatem*, porque o successor universal é presumido continuar a pessoa daquelle á quem elle succede.

A mesma razão não existia para o successor á titulo particular; entretanto, por motivos de equidade, se acabou por conceder-lhe egualmente a faculdade de ajuntar a posse de seu autor á sua.

No Direito Francez vigorou o principio de que *le mort saisit le vif*, isto é, que o herdeiro devia entrar na posse dos bens do defuncto com exclusão de qualquer outro.

No Direito Portuguez o Alvará de 1754 e o Assento de 1780 preceituaram que a posse civil passasse logo, nos bens livres, aos herdeiros escriptos ou legitimos, com todos os effeitos da posse natural, sem que fosse necessario que esta se tomasse.

Esta posse se chamou civilissima.

Foi esse o nosso direito até o Código, conforme o *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 12.

O Código determina, enfim, que a posse se transmita aos herdeiros e legatários *com os mesmos caracteres*, isto é, com as mesmas qualidades boas ou más, que já tinha.

Mas, no artigo 496 faz uma distincção: si o successor é universal, isto é, succede na totalidade dos bens do finado ou em uma quota ou remanescente sem determinação de objecto, e assim, representa a pessoa de cuja herança se trata, *continua do direito a posse de seu antecessor*; si, porem, o successor é singular, isto é, aquelle que succede somente nalgum bem determinado do fallecido, então é-lhe facultado apenas unir a sua posse á do antecessor, para os effeitos legaes, porque elle não continúa a pessoa do defuncto e pode ser que não lhe convenha a união das posses.

Aqui, explica o *Clovis*, "Código Civil", — "o legatário é successor a título particular; porem, *como succede por herança, que é modo universal de transmittir*, o Código estabelece a continuidade da posse entre o testador e o legatário.

O herdeiro e o legatário, continuando a posse do autor da herança, recebem-na com os mesmos caracteres, qualidades e vícios. O successor particular (por exemplo, o comprador) tem o direito de unir sua posse á de seu antecessor: usará d'elle si lhe convier, si a posse do antecessor fôr extreme de vícios (successão da posse)."

Mas, a explicação do *Clovis* não nos parece aceitavel.

Em primeiro lugar, o Código diz somente com relação ao successor universal que elle continúa de direito a posse de seu antecessor; ao successor singular é apenas facultado unir sua posse á do antecessor. Como, pois, estender aquella disposição tambem ao legatário, que é, na phrase do proprio *Clovis*, successor a título particular?

E' que, ajunta este, o legatário, embora successor a título particular, succede por herança, que é modo universal de transmittir.

Entretanto, si o legatário é successor a título particular,

não pode ser ao mesmo tempo universal, como observa *Gon-dim Filho*, cit. Rev. Acad., 116. A herança só é modo univer-sal de transmittir o dominio e a posse, quando se trata de *herdeiros*.

Aberta a successão, estatue o art.º 1572, o dominio e a posse da herança se transmittem, desde logo, *aos herdeiros legitimos e testamentarios*. Ali não se fala de legatario.

E, o art.º 1690 egualmente prescreve, § unico: — “não pode o legatario entrar, por autoridade propria, *na posse da coisa legada*”.

Logo, o legatario não pode continuar de direito a posse do seu antecessor; tem de adquirir posse nova e, por isso, é que oCodigo lhe faculta unir sua posse á daquelle.

Art.º 497. Não induzem posse os actos de mera permissão ou tolerancia; assim como não autorisam a sua aquisição os actos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a vio-lencia ou a clandestinidade.

107 Apreciemos, antes de tudo, a primeira parte do artigo, os actos de permissão ou tolerancia, que são palavras quasi synonymas, e obstaculos eguaes á aquisição da posse.

Nesta passagem doCodigo o legislador se aproximou no-tavelmente do *Jhering* e, desta vez, com mais felicidade, por-que lhe suggeriu a adopção de um criterio objectivo para dif-ferençar a posse da detenção, que não goza da protecção dos interdictos nem leva ao usucapião, ou porque é um poder su-bordinado a outrem ou porque é resultado de simples acto de favor do dono da coisa.

Não depende agora, em nosso direito, somente do arbi-trio do individuo, que haja posse ou detenção, como era na theoria do *Savigny*, criterio subjectivo, variavel e de prova difficil.

Haverá posse sempre que a pessoa esteja em relação de

poder com a coisa, com o fim de sujeital-a ao seu dominio, *sem nenhum obstaculo ou impedimento legal.*

E' uma presumpção que a lei estabelece, desde que a pessoa tenha a possibilidade de dispor da coisa, sem dependencia de outrem para exercer sua autoridade conforme as ordens e instrucções d'elle, nem esteja á mercê da tolerancia ou permissão de outrem para semelhante exercicio: como é o criterio de *Jhering*, objectivo, seguro e de prova mais facil.

O art.º 487, portanto, dispondo que não é possuidor aquelle que, achando-se em relação de dependencia com outro, *conserva a posse em nome d'elle e conforme as ordens e instrucções suas*, no caso do criado, do preposto, etc.; assim como o art.º 497, dispondo que *não induzem posse os actos de mera tolerancia ou permissão*, como no caso do mutuario, do precarista, etc., crearam obstaculos ou impedimentos legais á existencia da verdadeira posse.

Provado qualquer desses factos pelo interessado, a presumpção desaparece para o possuidor e, este terá de succumbir, entregando a posse a quem compete.

108 Apreciemos agora a segunda parte do artigo.

— “Não autorisam a aquisição da posse os actos violentos ou clandestinos, senão depois de cessada a violencia ou a clandestinidade” —

A violencia é a força com que se tira o bem movel do poder de quem o detinha, ou a força com que se expulsa do bem immovel aquelle que o occupava; e uma tal violencia pode ser exercida pela propria pessoa ou por outrem, a seu mandado.

Segundo o Direito Romano, a posse tomada com violencia nunca se poderia legitimar; as cousas não podiam ser prescriptas nem mesmo pelo adquirente de boa fé, que as houvesse recebido do autor do esbulho ou do furto; *Lafayette Dir. das Cousas*, § 66.

Segundo o Direito Moderno, porem, foi moderado esse rigor. Embora logicamente não se devesse legitimar nunca o

que foi adquirido contra a lei, porque, no dizer de *Laurent*, Droit Civil, 664, "*a força não pode fundar direito*", contudo, o nosso Código acompanhou o Cod. Civ. Francez, art.º 2233, e os outros que se lhe seguiram e determinou que, cessada a violencia ou a clandestinidade, torna-se possível a aquisição da posse; e a razão disto é que, por uma parte, não tendo reclamado seu direito o esbulhado, consentiu no acto; e, por outra parte, não se pode deixar por muito tempo sem segurança a situação de qualquer individuo na sociedade: razões estas que justificam em geral o usucapião, aceito por todas as legislações actuaes.

Art.º 498. A posse do immovel faz presumir, até prova em contrario, a dos moveis e objectos que nelle estiverem.

109 A presumpção estabelecida por este artigo é a applicação do principio de que o accessorio acompanha o principal. Os moveis achados no immovel acompanham este na qualidade de principal: art.º 59 do Código.

Provado o contrario, cessa a presumpção e os moveis entrarão para a posse de quem a elles tiver direito.

Capitulo XI

Os efeitos da Posse

110 Analysemos os efeitos da posse, que, segundo o Código, são :

- 1.º a proteção ao possuidor;
- 2.º a indemnisação dos prejuizos;
- 3.º a percepção dos fructos;
- 4.º a responsabilidade por perdas ou estragos;
- 5.º o pagamento das beneficitorias;
- 6.º o poder de retenção;
- 7.º o usucapião.

E comecemos pelo primeiro, a proteção possessoria, que é mais do Direito Processual do que do Preceitual; mas, que todavia, é tratada aqui porque, no dizer de *Clovis*, "Codigo Civil", ella se acha em ligação muito intima com a posse e porque mais avulta nas relações jurídicas a defesa da posse do que o proprio facto em que ella consiste.

Essas razões não justificam, a nosso ver, o abuso que o

Poder Federal tem praticado de legislar sobre materia de processo, quando esta competencia só foi dada aos corpos legislativos dos Estados.

E' de lastimar que a Constituição da Republica houvesse disposto assim; mas, uma vez que assim o fez, tal preceito deveria ser por todos respeitado.

Contudo, como aqui está consignada a protecção possessoria, passemos a apreciar-a no seu meio extrajudicial e nos seus recursos judiciaes: os interdictos.

O Codigo dispõe sobre a protecção possessoria:

Art.º 499. O possuidor tem direito, a ser mantido na posse, em caso de turbação e, restituído, no de esbulho.

Art.º 501. O possuidor que tenha justo receio de ser molestado na sua posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violencia imminente, committendo pena a quem lhe transgredir o preceito.

Art.º 502. O possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua propria força, contanto que o faça logo.

§ unico. Os actos de defesa ou de desforço não podem ir alem do indispensavel á manutenção ou restituição da posse.

Como se vê, pois, do Codigo, apesar da desordem na exposição das idéas, a protecção possessoria se realiza, antes de tudo:

a) pelo *Desforço Immediato*.

Este remedio é o acto pelo qual o individuo repelle pela sua propria força, com os seus proprios recursos, por meio de sua unica autoridade, qualquer acto de violencia que o perturbe na sua posse ou o esbulhe della, contanto que o faça

logo, nos termos do art.º 502, e não vá além do indispensavel á sua defesa, nos termos do § unico do mesmo artigo. Esse direito já era consagrado no velho Direito Romano (Lei 1, Cod., Unde vi, 8, 4) : *vim vi repellere licet*; e a Ord. L 4, tit. 58, § 2.º, reconhecia tambem esse poder no possuidor, contanto que fosse immediatamente — “antes que o forçador se occupasse em outro acto separado e diverso do da força”. —

E' o direito que o Código concede a quem se acha em condição de, atacado, não poder conseguir o auxilio da autoridade em seu favor. E' a defesa extrajudicial da posse geralmente reconhecida pelos Codigos.

Só a lei não quer que o offendido se exceda nessa defesa além do indispensavel.

A protecção possessoria se realiza :

b) pelo *Interdicto Prohibitorio*.

Este é o mandado expedido pelo juiz em favor do possuidor que se acha ameaçado de um ataque á sua posse, sem ter sido ainda perturbado e muito menos esbulhado. A Ord. do L. 3. tit. 78, § 5, preceituava que — “si alguem se temesse de outrem que o quizesse offender na pessoa, ou sem razão, occupar suas cousas, poderia requerer ao juiz que o segurasse a elle e as suas cousas do outro que o queria offender, a qual segurança o juiz lhe deveria dar”. —

Esta segurança passou para o nosso Direito que manda concedel-a sempre que o possuidor se ache ameaçado de ser molestado na posse, por uma violencia imminente, segurança que o juiz dará por aquelle mandado, chamado mandado prohibitorio, porque nelle se impõe ao autor da ameaça a prohibição de se abster de qualquer acto de aggressão contra o possuidor, sob pena de pagar uma certa quantia, no caso de transgressão.

A protecção possessoria se realiza :

c) pelo *Interdicto de Manutenção*.

Este é tambem o mandado expedido pelo juiz, em favor daquelle que está sendo perturbado no exercicio de sua posse por actos de violencia de qualquer pessoa. Tem por objecto,

diz *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 19, esta acção, tambem chamada de *força turbativa*, a desistencia da força, a indemnisação dos prejuizos causados, e a comminação de pena para o caso de nova violencia. Ella só compete ao possuidor e contra o proprio autor da turbação; e é preciso que o autor esteja na posse da cousa; que essa posse tenha sido perturbada por actos de violencia; e que taes actos de violencia não accarrem a perda da posse: porque então não será mais competente esta acção, porem a de esbulho. *Lafayette*, Dir. das Cousas".

A protecção possessoria se realiza:

d) pelo *Interdicto de Restituição ou Reintegração*.

Este é ainda o mandado do juiz, em favor daquelle que foi esbulhado e perdeu sua situação em relação á cousa.

Esta acção, tambem chamada de *força espoliativa*, tem por fim immediato, ainda diz *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 22, alcançar o restabelecimento do estado anterior, com todos os seus rendimentos e indemnisação de prejuizos.

Só pode ser intentado pelo possuidor ou seus herdeiros, contra o esbulhador ou ainda contra o tereiro, que recebeu a cousa conscio do esbulho; e o autor devia ter perdido essa posse por força, clandestinidade ou precariedade, (abuso de confiança).

A protecção possessoria se realiza:

e) pela *Nunciação de Obra Nova*.

O Codigo Civil não fala aqui deste remedio; apenas declara no art.º 573 que o proprietario pode embargar a construcção de predio que invada a area do seu, ou sobre este deite gotteiras, bem como o daquelle, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janella, ou se faça eirado, terraço ou varanda.

Mas, na opinião de *Fulgencio*, "Da Posse e das Acções Possessorias", "a tomar os vocabulos *acções possessorias* no sentido de *Cornil*, entre ellas pode figurar a nunciação de obra nova, porque tambem resguarda a posse contra os prejuizos causados por uma obra de outrem, por decisão de character provisorio". A nunciação de obra nova cabia pelo art.º

762 da "Consolidação", de *Ribas*, quando alguém edificava novamente alguma obra que prejudicava a servidão de outrem.

Era feita por mandado do juiz ou pela propria parte, extrajudicialmente, lançando pedras na obra e tinha por fim a suspensão da obra começada e a demolição da que estivesse feita.

O Autor, deixando passar tres mezes sem falar na demanda, permittia que o Reu pedisse provisão judicial para continuar a obra, prestando caução de *opere demolendo*.

Clovis pensa que as acções dessa natureza tanto se podem fundar na posse, quanto na propriedade. Nota 1 ao art.º 573.

O Codigo de Processo do Estado, a par dos interdictos prohibitorio, de manutenção e de esbulho, aceita e regula o recurso da nunciação de obra nova, art.º 576, não só para os proprietarios, como para os *possuidores* de predios rusticos ou urbanos.

A protecção possessoria se realiza :

f) pelo *Embargo de Terceiro*.

Fulgencio, "Da Posse e Acções Possessorias", ainda diz que — "segundo a orientação de *Cornil*, os embargos de terceiro tambem se podem incluir entre os remedios possessorios por constituirem o meio normal de que podem lançar mão os terceiros para a defesa de sua posse, victima de attentado, não só em execução de sentença, como em outros processos".—

O Codigo Civil tambem não cogitou aqui desse recurso.

Mas, o *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 20, ensinava que a penhora judicial effectuada em bens que não fossem do devedor, constituia um acto illegal, attentatorio da posse, uma verdadeira turbação para a qual a lei dava o remedio dos embargos de terceiro possuido; que afinal eram a propria acção de *manutenção*, revestindo pelas necessidades praticas do processo uma forma diversa.

A "Consolidação" de *Ribas* admittia e regulava nas execuções os embargos de qualquer terceiro, contra quem a sentença não fosse exequivel, mas, recaisse sobre bens que lhe pertencessem: Art.º 1365.

E, o nosso Código de Processo do Estado igualmente ad-
mitte e regula o embargo de terceiro, art.º 931, para quem
não fôr parte na causa e soffrer prejuizo ou turbação *em sua
posse ou direito sobre a cousa*, por effeito de penhora, depo-
sito, arresto, sequestro, venda judicial, inventario, apprehen-
são, etc.

A protecção possessoria se realiza :

g) pela *Denuncia de Attentado*.

Chama-se attentado tudo que se fizer depois da citação em
prejuizo do estado da questão deduzida em juizo: é a lição de
Pereira e Souza, "Primeiras Linhas", vol. 1, nota 230.

A velha Ord. do L. 3. tit. 78, §§ 3 a 8, regulava varios
casos de attentado nas acções possessorias, dispondo no ulti-
mo § :

"E si depois do dito requerimento e protestação assim
feita, fôr alguma cousa *innovada ou attentada*, será tudo pe-
lo juiz restituído e tornado ao primeiro estado; e, assim, em
qualquer outro auto semelhante que pertença ou haja de ser
feito por muitos.

Lobão, "Acções Summarias", atesta que "o attentado
fazia suspender a causa principal e, emquanto se não restituia
e purgava, não era ouvido o attentante sobre a causa princi-
pal, *ainda mesmo que ella fosse possessoria*".

A "Consolidação", de Ribas, art.º 911, tambem presere-
ve que — "o litigante lesado pelo attentado, isto é, por qual-
quer innovação feita contra direito, pelo juiz ou pela parte,
no estado da lide pendente, tem direito para pedir que o
estado da lide volte ao que era antes do attentado e que, em-
quanto este não se purgar, se suspenda a causa principal e
não seja ouvido sobre ella o autor do attentado".

E este remedio se deve applicar toda vez que haja um
mandado de juiz a cumprir, ainda que seja provisoriamente;
e, portanto, não só aos casos de interdito prohibitorio, co-
mo aos de manutenção, de esbulho, de nunciação de obra nova
e de embargos de terceiro, isto é, a todos os casos em que a
ordem da autoridade, pendente a causa, fôr desrespeitada

por qualquer pessoa. O Acc. do Sup. Trib. Fed. de 10-1-912. decidiu: — “cabem artigos de attentado nos Interdictos Possessorios” — *Octavio Kelly*, Man. Jurisp. Fed. vol. 49.

O nosso Código de Processo do Estado, art.º 541, prescreve, enfim, que “cumpre ao juiz assegurar provisoriamente o respeito ao mandado que expedir em garantia da posse, determinando as providencias precisas para que tudo volte ao estado anterior á transgressão”.

E, acrescenta nos §§ 1.º e 2.º :

a) a transgressão do mandado será levada por petição circunstanciada ao conhecimento do juiz, que sobre ella providenciará de plano, ante as provas produzidas.

b) Os actos ou diligencias que, neste caso, forem precisos, serão processados nos proprios autos da acção possessoria e com suspensão da mesma acção possessoria.

111 QUESTÕES.

Estudemos **algumas** questões relativas á defesa possessoria.

Primeira questão. Ainda existirá o interdito chamado *apiscendæ possessionis*?

A imissão na posse, conhecida no Direito Romano, por esse nome, era de varias especies. *Derburg*, em seu vol. 2. “Pandette”, § 184, explica:

c) que de varias especies eram os *interdictos apiscendæ possessionis*, para aquisição de uma posse que não se tinha. Taes acções possessorias tinham os herdeiros para conseguir as cousas corporeas da herança. Serviam-lhes para isto o *interdictum quorum bonorum* e a imissão em base a um testamento externamente isento de vicios, como ainda o *interdictum quod legatorum* para o fim da restituição de objectos legados que o legatario tomara arbitrariamente em posse. *Apiscendæ possessionis* era tambem o *interdictum salvianum*, para o locador reclamar a posse de cousas dadas em penhor pelo locatario.

Ribas acrescenta, "Da Posse e Acc. Poss.", pag. 194 :

Análogo aos interdietos desta especie era a *missio in possessionem*, isto é, a ordem pela qual o pretor mandava dar a alguém a posse de alguma cousa, *sive rei servandæ causa, sive legatorum, aut ventris nomine*.

No Direito Portuguez, segundo *Coelho da Rocha*, "Dir. Civ. Port". § 450, "entre os direitos dos possuidores, um dos principaes é a de poderem usar de acções especiaes para pedir, reter ou recuperar a posse (interdicta adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ). A acção para pedir a posse (§ 451) competia aos herdeiros testamentarios ou legitimos para obterem a posse effectiva; contra quaesquer detentores; aos successorios de vinculos; enfim, a todos que tivessem titulo legal de aquisição.

Em nosso Direito, segundo *Ribas*, "Acc. Poss.", § 53 e *Tito Fulgencio* "Da Posse e Acções Possessorias", n.º 36, se reconheceu a acção de immissão de posse, embora em casos restrictos como o de execução de cartas de arrematação e de adjudicação.

Contra isto se pronuncia *Azevedo Marques*, "A Acção Possessoria", começando por dizer que nem grammaticalmente existe o vocabulo *immissão* e, muito menos para significar o pretenso acto judicial ou extrajudicial da tomada de posse.

Começa, porem, mal o jurista patrio, porque o vocabulo *immissão* desde muito que foi adoptado em nossa linguagem juridica, conforme se vê da "Consolidação das Leis do Processo Civil", de *Ribas*, em que se diz: — "pelo mesmo modo estabelecido nos artigos anteriores se processam as acções : § 2.º : *de immissão na posse em nome do ventre*"; e adiante, no art.º 760 se repete: "*a acção de immissão na posse em nome do ventre* cabe á mulher prenhe a quem, em razão do feto que traz no ventre, pertence o direito de entrar na posse de certos bens" —

Alem disto nada mais natural do que haver-se derivado *immissão*, da palavra latina *immissio, onis*, do verbo *immiscere*, que significa tambem metter ou introduzir em, e portanto,

no caso em questão, metter ou introduzir alguém na posse de alguma coisa ; do mesmo modo que se tem permissão de *permissio* e remissão, de *remissio*. SARAIVA, Dic. Latino—Portuguez.

Em seguida pergunta elle quaes eram, em nosso direito, esses instrumentos de posse.

E, responde elle mesmo que eram aquelles que a Ordinação mandava aos tabelliães e escrivães passarem em virtude de seu officio, ou, *por mandado e autoridade dos juizes*.

E, acrescenta, ainda, que o Dec. de 1845 e seu Reg. sobre desapropriações, dispunham que: — “si houvesse urgencia na medida, podia o Governo, depositando o maximo estabelecido, requerer ao juiz *a immediata immissao na posse do imovel*.”

E, portanto, as razões adduzidas contra a immissão de posse entre nós não procedem; mas, ao contrario, confirmam a existencia della em nosso Direito.

Mas, não ficou só nisto.

Ultimamente os Codigos de Processo do Maranhão, da Bahia, do Districto Federal e do nosso Estado, admittem expressamente que requeiram *a immissao de posse* todos os adquirentes de bens, para haverem dos alienantes ou de terceiros que os detenham, a respectiva posse.

E’ um processo para confirmação judicial da posse a quem tem um direito qualquer; e assim o têm decidido juizes singulares e o Sup. Trib. Federal, em Acc. de 16 de Julho do anno passado (1926) “Pandectas Brasileiras”, pag. 371.

O nossoCodigo de Processo, no art.º 571, regulou tambem a accção de immissão na posse, concedendo-a :

1) ao adquirente de bens, para haver do proprio alienante ou de terceiro a posse respectiva :

2) aos administradores e demais representantes legaes das pessoas juridicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes á pessoa representada ;

3) aos mandatarios, em geral, para receberem daquelles, cujos mandatos se extinguirem, a posse dos bens do mandante.

De modo que actualmente, não se pode mais pôr em duvida a existencia da inmissão na posse em nosso Direito.

112 Outra questão. A protecção possessoria poderá ser utilizada tanto para os bens immoveis como para os moveis e semoventes?

O mencionado jurista, *Azevedo Marques*, ob. cit. n.º 60, declara que — “os moveis não podem gozar da acção possessoria, e a razão é que elles se movem, fogem e circulam de mão em mão, ou de abrigo em abrigo, escapando-se aos effeitos da acção, que é de natureza provisoria” —

Elle cita em seu favor *Paula Baptista*, e Ord. do L 4. tit. 58, que só falava de *casa ou herdade ou outra possessão, cogitando*, portanto, só de immoveis, e o proprio Direito Romano, do qual consta que, no inicio, os interdictos não eram cabiveis nem protegiam senão os immoveis; embora depois Justiniano confundisse esse interdicto com o *uti possidetis*, submettendo o *utrobi* ás mesmas regras e comprehendesse assim os moveis, segundo *Molitor*.

Mas, admittindo mesmo que no Direito Romano, continua elle, fosse liquido que os moveis gozavam da mesma protecção possessoria que os immoveis, dahi não se deverá concluir que no Direito Brasileiro deva ter applicação o principio romano de 13 seculos atraz, pois o nossoCodigo, não cogitando do caso de protecção possessoria aos moveis, revogou toda legislação anterior; e que, portanto, só resta ao possuidor das cousas moveis ou resguardal-as contra a perturbação ou o esbulho ou recorrer á protecção das leis penaes.

Ora, começando por onde acabou o *A. Marques*, pode-se logo dizer que o nossoCodigo não excluiu os moveis da protecção possessoria, não só porque elle nenhuma distincção fez de moveis e immoveis quando tratou das *cousas* sobre que recae a posse taes os casos do art.º 500, do art.º 501, do art.º

505, do art.º 507, etc; como tambem porque, realmente, no art.º 521 fala, de modo expresso, de *cousa movel* ou *titulo ao portador*, que o dono *pode rehavêr da pessoa que os deliver ou pretender a restituição dellas*. Ora, si as cousas moveis podem ser rehavidas ou restituídas, por disposição expressa do Código a posse dellas é protegida pelos interdictos.

No Direito Romano a posse dos moveis foi protegida. *Savigny*, "Traité de la Possession", § 40, pag. 411, diz: — "Ben antes de Justiniano, a lacuna tinha sido preenchida de uma outra maneira, pois que desde muito tempo já o interdicto *de vi* não era mais restricto somente aos immoveis e que na legislação de Justiniano, *elle se applica indifferentemente aos moveis e aos immoveis*. Valentiniano, com effeito, ordenou que a tomada de posse violenta de *qualquer cousa* tivesse duas consequencias differentes: uma, a restituição da posse, a outra como punição, a perda da propriedade da cousa, ou então, si o autor da violencia não fosse proprietario, a condemnação ao pagamento de uma *somma equivalente*".

Mainz, por seu lado, tambem ensina. "Cours de Droit Romain", vol. 1, § 176, que: — "enfim, o proprio interdicto *de vi* perdeu muito de sua importancia por effeito da Constituição de Valentiniano 3.º, conforme a qual aquelle que se apoderasse, á viva força, de uma *cousa movel* ou *immoval* seria obrigado a restituil-a e perderia, alem disso, seu direito de propriedade, si a cousa lhe pertencesse ou pagaria o valor estimativo, si ella não lhe pertencesse". —

No Direito Francez os moveis não podem formar objecto de posse, tendo o art.º 2279 do respectivo Código acolhido a maxima do Direito consuetudinario *la possession vaut titre*; e, no Código Italiano, embora se determinasse melhor a dita maxima, todavia, conforme o art.º 707. — "relativamente aos bens moveis por sua natureza e aos titulos ao portador, a posse produz a favor dos terceiros de boa fé o effeito mesmo do titulo".

Mas, no Direito Allemão, conforme ensina o *Dernburg*, "Diritti Reali", § 189, let. b, — "*a acção de espolio se re-*

vere notoriamente não só aos immoveis, mas tambem aos moveis e aos direitos;" e, — no Direito da Confederação Helvética, conforme *Rossel et Mentha*, "Manuel du Droit Civil Suisse", vol. 2.^o, tit. 24, tambem: "a posse se entende tanto dos moveis quanto dos immoveis, pois que as regras concernentes á sua protecção como tambem suas condições geraes, são as mesmas quanto ás duas categorias de bens."

No Direito Portuguez sempre se applicou a acção de força turbativa á protecção das cousas moveis; e, quanto á de força espoliativa, embora alguns neguem, outros sustentam affirmativamente.

A Ord. do L. 4, tit. 58, princ, dispunha deste modo: — "si alguma pessoa forçar ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou herdade ou de outra possessão", etc.

A. Marques não quer que a palavra possessão ali se refira a moveis; 1.^o, porque as Ordenações sempre usaram da palavra moveis em contraposição a immoveis; e 2.^o, porque na linguagem escripta e falada de Portugal, a palavra *possessão* não indicava posse, porção, terras, colonias, etc.

Ora, a palavra *possessão*, antes de tudo, significa *posse*; foi a primeira forma portugueza da palavra latina *possessio*, como se verifica do SARAIVA, "Dicc. Latino — Portuguez": — *Possessio, onis*; possessão, posse, etc." —

E, depois, si essa Ordenação não fala de cousas moveis, a Ord. do L. 2.^o tit. 1.^o, diz: — "e poderá o Clerigo ser citado e demandado perante o juiz leigo, por qualquer força nova (dentro de anno e dia) que o Clerigo faça em *qualquer cousa assi movel como de raiz*, posto que seja a tal cousa ecclesiastica". —

Essa Ordenação, confessa A. Marques — "sim, fala em cousa movel; mas, francamente, não se pode tirar desse caso especcialissimo a conclusão generica de que a acção possessoria se applicava commumente á posse de moveis sem abusar muito da hermeneutica".

Mas, será possivel que a Ordenação tivesse regulado nesse titulo somente a protecção possessoria de cousas moveis

para Clerigos?... Uma disposição exclusiva para uma classe de pessoas... Não será isto abusar, ainda mais, da hermenêutica?...

O que parece natural, portanto, é entender que aquella disposição teve por fim sujeitar também os Clerigos áquelles mesmos juizes leigos, que decidiam dos casos de qualquer força nova, fosse de *cousa móvel* ou de *raiz*.

E, portanto, não havia em Portugal exclusão dos moveis das acções possessórias, como affirmam velhos praxistas, nomeadamente *Pegas : Mello Freire*, Inst. tit. IV. O Código Civil Portuguez. no art.º 479, dispõe, que só podem ser objecto de posse *cousas e direitos certos e determinados, susceptiveis de apropriação;* — mas, não excluiu as cousas moveis.

Em nosso paiz ali está a “Consolidação do Processo Civil”, de *Ribas*, art.º 746, determinando: “os interdictos possessórios, intentados dentro de anno e dia da lesão da posse de *cousa móvel ou immovel*, serão processados na forma dos artigos seguintes”. —

A mesma disposição se encontra nos “Interdictos Possessórios”, do mesmo autor, pag. 261; e, assim se tem muitas vezes julgado em nossos tribunaes.

E’ interessante ler o voto do Ministro do Tribunal de Justiça de S. Paulo *Costa e Silva*, a respeito desse assumpto, nas “Pandectas Brasileiras”, pag. 371.

Diz-se que o esbulho de cousas moveis é furto e, como tal, protegido pelas leis penaes. Mas, si esta razão procedesse, também deveríamos riscar do Código Civil os interdictos relativos ás cousas immoveis, porque também a defeza dellas se acha egualmente prevista e garantida pelas leis penaes.

Cada uma dessas espheras tem seu fim especial e longe de se excluirem, se completam.

Allega-se também que não se pode objectivar a protecção possessoria sobre as cousas moveis porque ellas vivem a correr de mão em mão.

Mas, é forçoso allí, ler a que as cousas moveis, embora corram ou possam correr facilmente de mão em mão, justa-

nente porque são moveis ou semoventes, que estão no mesmo caso, contudo muitas dellas podem ser, e o são constantemente, *marcadas, assignaladas, individualisadas* e, assim, por esse modo, se tornam facilmente *reconheciveis, defensaveis, capturaveis, reivindicaveis*, nada obstando a sua mobilidade e passagem de mão em mão.

Assim, não ha razão para não serem protegidas tambem pelos interdictos as cousas moveis ou semoventes, desde que possam ser distinguidas por caracteres inconfundiveis.

113 Ainda outra questão. A protecção possessoria caberá aos possuidores directos e indirectos com relação a terceiros e de uns para os outros?

O Codigo não o disse; mas, si *são todos elles possuidores*, devem ter o mesmo direito aos interdictos contra terceiros ou de uns contra os outros. O Codigo Allemão dispõe, art.º 869. que, sendo praticada violencia contra o possuidor directo, o possuidor indirecto pode usar dos remedios possessorios contra o turbador e, no caso de esbulho, pode exigir que a posse seja restituída áquelle; e, si este não quizer ou não puder retomar a posse da cousa, elle pode ainda pedil-a para si.

Essa disposição é perfeitamente applicavel a nós.

Tambem decorre dos principios que o possuidor indirecto possa usar dos remedios possessorios, si esgotado o tempo e dissolvido o laço que o prende ao possuidor directo, este se recusa entregar-lhe a cousa, com o que perturba sua posse ou, immediatamente depois da entrega, a retoma, com o que esbulha-o de sua posse.

Egualmente devem caber taes remedios no possuidor directo contra os terceiros e mesmo contra o possuidor indirecto que o perturba ou esbulha.

Azevedo Marques affirma que o possuidor directo, nomeadamente o locatario, tem as acções possessorias contra quem o perturba ou esbulha.

Mas, si o turbador ou esbulhador fôr o proprietario locador durante a locação, não terá o locatario remedio contra

elle, porque o proprietario, alem de ser um possuidor indirecto, isto é, de melhor categoria, dispõe do direito conferido pelo art.º 1193, § unico, de reaver seu predio, ainda antes de finda a locação, pagando ao locatario as perdas e damnos, salvo si elle desistiu de seu direito no contracto". —

Todavia, não nos parece aceitavel essa doutrina.

Em 1.º lugar, o proprietario, na locação, não tem melhor posse do que o locatario, ambos tem posse igual, com o mesmo direito ao uso dos interditos. Melhor posse, diz o art.º 507, § unico, é a que se funda em justo titulo. Ora o locatario, como qualquer outro que, por *obrigação ou direito*, exerce temporariamente a posse directa, conforme o art.º 486, tem um titulo tão justo a essa posse quanto aquelle de quem elle a houve, e que tem a posse indirecta.

E, em 2.º lugar, si o proprietario pode reaver o seu predio, ainda antes de finda a locação, pagando as perdas e damnos ao locatario, ha de ser pelos meios regulares de direito e não por ameaça, perturbações ou esbulhos, que são meios violentos e condemnados pela lei; alem de que o locatario, como possuidor de boa fé, tem o direito de retenção por benfeitorias conforme lhe confere o art.º 516, toda vez que as tenha feito.

Nestas condições, fica evidente que os possuidores directos podem valer-se dos remedios possessorios contra quaesquer pessoas, mesmo contra os possuidores indirectos dos quaes elles tenham havido a posse; do mesmo modo que os possuidores indirectos o podem contra os directos, finda a relação juridica em que se acham temporariamente.

Já se disse que o nosso art. 486 fôra copiado do art. 868 do Código Allemão, em que se dizpoz que: — "Si alguém possui uma coisa como usufructuario, credor, pignoratício, rendeiro, locatario, depositario, ou em virtude de uma relação semelhante, por força da qual elle se acha temporariamente para com outro com o direito ou na obrigação de possuir, este ultimo é igualmente possuidor — (posse indirecta). Ora

na Allemanha se entende que ha acções possessorias entre os possuidores directos e indirectos.

Saleilles, "De la Possession des Meubles", diz: — "ha, com effeito, conforme o Codigo Allemão, como ligados á posse verdadeira, quer se trate de *meubles* ou de *immovels*, tres processos de defesa possessoria, que são, antes de tudo, o direito de defesa privada e de justiça pessoal, em certas condigões espeeiaes; e, alem disso, as duas acções possessorias tradicionaes, uma conservatoria e a outra recuperatoria.

De outro lado, esses tres meios de protecção pertencem ao possuidor contra todo mundo, *não só contra terceiros propriamente ditos, mas, tambem contra aquelle de quem elle houve a posse*. Assim, um locatario, por exemplo, tendo-se tornado-em direito allemão, um verdadeiro possuidor, no sentido juridico da palavra, poderia, pois, repellir pela força toda tentativa feita pelo locador para perturbar seu gozo ou reter-lhe a cousa; e, do mesmo modo, *poderia intentar contra elle as acções possessorias*, afim de obrigar o locador, si é o caso, a recorrer á acção pessoal que lhe compete pelo seu contracto": n.º 6.

E, em *Planck's*, "Kommentar zum Burgelichen Gesetz buch", vol. 3.º, se lê, a proposito do art.º 870: — "Na relação do possuidor indirecto para o directo compete a posse por consequencia, somente ao ultimo contra o primeiro".

O locatario de um predio pode, portanto, impedir o locador de entrar no ultimo, violentamente, e, por assim dizer, mesmo si elle é legalmente obrigado a permittir a entrada, salvo existindo presupposição sob a qual a violencia é excepcionalmente permittida. Pois, sinão tambem, conforme aos preceitos espeeiaes sobre a protecção possessoria, contudo goza ainda o possuidor indirecto relativamente ao possuidor directo protecção propria, de licito soccorro e legitima defesa, e mais da protecção judicial, pela razão de existirem relações juridicas entre elle e o possuidor directo ou pela de ter elle um direito á cousa.

Enfim, é esta mesma opinião a que tem expellido o juiz *Costa e Silva*, do Tribunal de S. Paulo, como se pode verificar das citadas "Pandectas Brasileiras", vol. 1.º, 371.

E, portanto, parece tambem este ponto fóra de duvida.

114 Enfim, poderão tambem ser invocados os interdictos possessorios contra actos do Poder Publico?

A resposta só pode ser, em nossa opinião, affirmativa.

Sem falar no velho direito portuguez, em que os remedios possessorios já se empregavam contra actos do Poder Publico, segundo *Ruy Barbosa*, "Posse de Direitos Pessoaes", baseado nos praxistas do tempo, na epoca do Imperio, uma vez que a Constituição garantia os direitos de liberdade, segurança e propriedade e creou uma magistratura independente, se entendeu que o cidadão podia recorrer ao juiz, não só para conceder-lhe *habeas corpus*, como para garantil-o *na posse de suas cousas*, contra actos illegaes do Governo.

Ribas, em suas "Acções Possessorias", 307, declara — "não poder ser somente pelos particulares commettido esbulho; mas tambem pelas autoridades publicas, administrativas ou judicarias". —

A. Rezende, "Da Posse", pag. 487, cita dous casos importantes em que o conselho de Estado reconheceu a competencia exclusiva do Poder judiciario para conhecer *das questões de posse e propriedade e a perfeita admissibilidade dos mandados de manutenção de posse e nunciação de obra nova contra actos da administração publica, lesivos da posse ou da propriedade particular*.

Com a Constituição da Republica, dando aos juizes federaes a competencia de decidirem todas as causas em que algumas das partes fundar sua acção ou defesa em disposição da mesma Constituição, ficou bem claro que nós acompanhamos nesse ponto o nosso modelo dos Estados Unidos da America do Norte, em que a magistratura resolve os casos de offensa dos outros Poderes aos cidadãos.

E, si alguma duvida ainda existisse, se dissiparia total-

mente, á vista da "*Exposição de Motivos*" com que o Ministro da Justiça apresentou ao Chefe do Governo Provisório o decreto de organização da justiça federal, em 1890, na qual dizia elle: "não se trata mais de uma magistratura subordinada, qual tem sido; porem, de um poder soberano, apto, na elevada esphera de sua autoridade, para interpor a benéfica influencia de seu criterio decisivo, afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão". —

Consoante a essas idéas, o citado Dec. n.º 848 conferiu, no art.º 15, aos juizes e tribunaes federaes a competencia para processarem e julgarem as causas em que alguma das partes fundar a acção ou a defesa na Constituição Federal.

Posteriormente, a Lei n.º 221 de 20 de Novembro de 1894 instituiu, no art.º 13, um processo especial para se annullarem os actos ou decisões das autoridades administrativas da União que lesassem por qualquer modo os direitos individuaes, podendo até os juizes e tribunaes apreciar a validade das leis e regulamentos e deixar de applical-os por serem inconstitucionaes.

Mas, no § 16 dessa Lei, se determinou expressamente: — "as disposições da presente lei não alteram o direito vigente quanto:

- a) ao *habeas corpus*;
- b) ás acções possessórias;
- c) ás causas fiscaes.

Nestes termos, a acção especial do art.º 13 da Lei n.º 221 não alterou o direito vigente quanto ás acções possessórias.

Portanto, é evidente que, ao lado da acção especial do art.º 13, ficaram vigorando, em plena força, as acções possessórias. E, até, em 1904, pela lei n.º 1185 de 11 de Junho, se conferiu ainda aos juizes federaes a competencia de concederem mandado de manutenção ou prohibitorio ao possuidor de mercadorias estrangeiras ou nacionaes, que fosse turbado

ou aneado na sua posse em consequencia de lei estadual ou municipal estabelecendo impostos illegaes.

Em 1916 veio o Codigo Civil e nenhuma distincção ou restricção creou, na materia da posse, em favor do Poder Publico.

Ao contrario, as disposições dos arts. 499 e 501 são genericas e absolutas.

O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação e, restituído, no de esbulho”.

“O possuidor, tendo justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violencia imminente, comminando pena a quem lhe transgredir o preceito”.

Por outro lado, si a nova Constituição da Republica restringiu o remedio do *habeas corpus* á defesa da liberdade de locomoção, nada reformou quanto aos remedios possessorios para garantia dos outros direitos por ella mesma assegurados no art.º 72.

Ora, onde é que está, por conseguinte, em nossa legislação, o privilegio do Poder Publico para impunemente perturbar ou esbulhar os cidadãos na posse de seus direitos?

Tito Fulgencio, “Da Posse”, ensina, no n.º 119, que não cabem os interdictos contra actos judiciaes, como penhoras sequestros, embargos etc., porque as leis de processo ministram recursos proprios e os meios adequados a nullificar-nos effeitos contra a posse, amparando o possuidor.

Mas, que, contra actos da administração cabem os remedios possessorios, sempre que elles attentarem contra a posse de direito quando confundido o exercicio deste direito com a posse de cousas materiaes.

E’ verdade, acrescenta elle, que o Estado exerce as vezes um *jus imperii*, que é um direito soberano; mas, esse *imperium* não é no Estado moderno civilisado, um *poder arbitrio*, independente de regras juridicas, um *poder violento*; porrem, no contrario, subordinada a principios certos e publicos e que, portanto, toda vez que elle, com excesso dos verdadeiros limites do seu *imperium*, attentar contra a posse dos di-

reitos individuais confundidos no exercício com cousas materiais, ou contra a posse de cousas materiais, por illegalidade e abuso do poder, indubitavel é caberem remedios possessorios contra actos administrativos.

E *Clovis* tambem acha, "Cod. Civ.", que si o acto da Administração em vez de um preceito geral, é uma violencia directa contra os bens de qualquer pessoa, acto manifestamente illegal, é admissivel o interdito prohibitorio". —

Não ha motivo de valor para que haja vacillado a jurisprudencia dos tribunaes nesse assumpto.

Em 1.º lugar, os interdictos possessorios estão insertos noCodigo Civil para defesa da posse, qualquer que ella seja, de cousas corporeas ou incorporeas, seja quem fôr o possuidor, assim como seja quem fôr o offensor. OCodigo não faz distincções nem ninguem as pode arbitrariamente fazer.

Em 2.º lugar, a acção especial creada pelo art.º 13 da Lei de 1904, alem de não excluir, por disposição expressa desse mesmo artigo o uso das acções possessorias, é um remedio temorado, por consequente, improprio para casos urgentes, e destinado especialmente a obter-se a nullidade de leis, decretos e actos illegaes do Poder Publico; ao passo que as acções possessorias são meios rapidos de impedir provisoriamente a turbação de uma posse ou para nos restituir immediatamente uma posse roubada: são remedios diversos, porque têm fins diversos, que não devem ser confundidos, sob pena de prejuizo para os cidadãos.

Em 3.º lugar, o uso dos interdictos não offende de modo algum o principio da harmonia e independencia dos poderes publicos; mas, ao contrario, serve como dizia a Exposição de Motivos, citada, para manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão, que não pode ficar á mercê dos caprichos de qualquer autoridade.

E, portanto, á vista dessas razões, pensamos poderem sempre ser empregados os remedios possessorios contra os poderes publicos em favor dos individuos.

O nosso Código de Processo Estadual, tendo reproduzido no art.º 463, as disposições do art.º 13 da Lei n.º 221, com relação a actos e decisões administrativas, tambem não restringiu o emprego das acções possessórias.

115 Sobre o art.º 500, de que só agora cogitamos para não alterar a ordem que vinhamos seguindo, trata elle do concurso de posses, quando varias pessoas se dizem possuidoras da mesma cousa, mandando qua, nesse caso, seja mantenido provisoriamente na posse aquelle que tiver a detenção do bem, não o tendo obtido por meio vicioso. A detenção do bem é uma presumpção em favor do possuidor, emquanto não se fizer uma prova em contrario e, por isso, bem dispoz o Codigo na especie.

Capítulo XII

Outros Efeitos da Posse

116 Continuemos a apreciar outros efeitos da posse.

Art.º 505. Não obsta á manutenção ou reintegração na posse a allegação de dominio ou de outro direito real sobre a coisa.

Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquelle a quem evidentemente não pertencer o dominio.

Esta disposição tem dado causa a fortes discussões, desde muito tempo antes do advento do Código.

O *Clovis*, "Cod. Civ", ensina que a primeira parte do artigo é geralmente aceita; mas, a segunda é que consagra um principio modificativo da regra geral, principio que era diversamente entendido pelos nossos juristas e que cumpre bem comprehender para evitar os dissídios de outróra.

Astolpho Rezende, "Da Posse", se insurge fortemente contra essa segunda parte do art.º 505, em 1.º lugar, porque

ella não chegou a ser votada pelo Congresso, visto como o Senado supprimiu a disposição e a Camara não a restabeleceu; em 2.º lugar porque, si *Teixeira de Freitas*, na "Cons. das Leis Civis", art.º 818, pensava que o Assento de 16 de Fevereiro de 1786 era uma interpretação luminosa da ordenação e — "não se deve julgar a posse em favor daquelle a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade" — *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 22, pensava de modo contrario — "que a acção de força espoliativa não se illide com a excepção do dominio, porque o autor do esbulho é sempre condemnado a restituir a cousa ao esbulhado, embora allegue dominio evidente e notorio ficando-lhe, apenas, salvo o direito de disputar por acção competente a propriedade da cousa"; e, em 3.º lugar, porque a posse é direito distincto do de propriedade, tendo cada um delles suas acções proprias, que não se devem confundir, conforme a propria concepção do *Jhering* que o Codigo seguiu.

E parece que o *A. Rezende* tem razão.

Antes, de tudo, não tendo sido aceita pela Camara a segunda parte do art.º 505, supprimida pelo Senado, ella não chegou a ser lei.

Os projectos, para serem leis, têm de passar por todos os tramites constitucionaes da discussão e approvação pelas duas Casas do Congresso e, depois, receberem, então, a sancção do Poder Executivo, acompanhada da promulgação e da publicação: Art.º 37 da Constituição da Republica.

Sem sancção, ainda pode um projecto ser lei, nos termos do cit. art.º 37 e do art.º 38, promulgado, nesse caso e mandado publicar pelo Presidente do Senado.

Sem votação porem, no Congresso, nenhum poderá ser sancionado e publicado como lei. A sancção por si só não faz lei.

Portanto, a segunda parte do art.º 505 é inapplicavel por ser inconstitucional; não pode obrigar ninguem.

A Ord. do L 4, tit. 58, jamais admittiu excepção de dominio nas acções possessorias.

E, si *T. de Freitas*, na Consolidação das Leis Civis, acci-tou-a, baseado naquelle Ass. de 1786, *Lafayette*, de outro lado, baseado nas velhas legislações romana, portugueza e de outros paizes, recusou-a, porque o dito Ass. de 1766 não era lei e não podia, portanto, revogar a Ordenação citada.

E, enfim, é uma verdade que a excepção de dominio é inconciliavel com a concepção da posse, que sempre foi considerada em todas as theorias como um direito distincto do da propriedade, vivendo independentemente por si só e tendo acções especiaes para sua protecção, as quaes são differentes das destinadas á protecção do dominio.

No Direito Romano dizia a lei 12, § 1. do Dig. L 41, 2, "*nihil commune habet proprietate cum possessione*" e a lei 1, § 2 do mesmo Dig. L 43, 2, "*Separata esse debet possessio a proprietate*", etc.

O Codigo alterou o direito vigente sobre a posse. No seu systema actual não só têm posse os donos (possuidores indirectos), como os que recebem destes a posse (possuidores directos).

E, como se poderá admittir que se allegue a excepção de dominio numa acção de posse, si tambem — *aquelle mesmo a quem não pertence evidentemente o dominio*, pode ser egualmente possuidor, tão possuidor quanto é o proprietario da cousa?

• Quando teria lugar, então, a excepção de dominio?

Quando, responde *Clovis*, duas pessoas pretenderem a posse, a titulo de proprietarios; e, é esta a hypothese prevista pelo Codigo.

Mas, ainda nesse caso, parece-nos, não deveria ser decidida a questão do dominio senão depois de restituído o possuidor á sua posse.

Devem-se applicar sempre ás questões de posse os preceitos proprios da posse.

Egualmente sobre esse assumpto se pronuncia o nosso c'tado civilista, *Gondim Filho*, Rev. Ac., pag. 110 : — "O Codigo, em vez de se inclinar para a boa doutrina da abso-

luta separação do petitorio e do possessorio, reproduziu, com a ligeira variante, os dous artigos da Consolidação de Freitas.

Si não é licito ao reu allegar o dominio ou outro direito sobre a cousa, como poderá o juiz consideral-o provado ou evidente? Si elle quer dizer que a pura allegação, sem prova, não obsta á manutenção ou reintegração, não passa isto de completa inutilidade, porque a simples allegação dos interessadas é sem valor para o processo.

Como conciliar a excepção de dominio com o processo summario do art.º 508? Invocado o dominio na contestação, já não tem o autor vista dos autos porque nas acções summarias não ha replica e treplica, o circumstancias de facto poderiam elidir a fé e o effeito dos documentos apresentados com a mesma contestação.

Si a acção é intentada depois de anno e dia, o processo será ordinario e, então, não poderá com maioria de razão ser excluida delle, que é de ampla discussão, a excepção de dominio.

O art.º 523 determina, entretanto, que, depois de anno e dia, a acção seja ordinaria, mas, *sem perder o character possessorio*.

A acção ordinaria perderia, porem, o character de possessoria com a excepção de dominio.

Como resolver a situação em face de tão desencontradas disposições?"

Art.º 506. Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração.

117 Esta disposição é violenta e póde dar motivo a graves injustiças.

O Codigo, diz tambem a proposito deste artigo *Gondim Filho*, na eit. Rev. Acad. pag. 109. andou em materia do posse e copiar incorsideradamente o Codigo Portuguez, des-

viando-se sem razão da nossa tradição, do nosso conhecido processo, tão simples, tão pratico, tão logico.

Com effeito, no processo antigo, segundo os arts. 717 a 752 da "Consolidação do Processo Civil", de *Ribas, citado o reu para contestar* a acção, dava-se-lhe uma dilação para a prova e feitas as perguntas necessarias, o juiz sentenciava o feito e executava-se a sentença mandando o Juiz, em vista do instrumento della, *passar mandado para restituição da posse*, independente de nova citação do reu.

Apenas a execução não se suspendia nem por embargos de benfeitorias nem por allegação de dominio.

Mas, o reu era ouvido e convencido, ao passo que, agora, é logo obrigado, sem defeza, á restituição da cousa.

Actualmente o Código não permite que o autor do esbulho seja ouvido, antes da reintegração, como uma pena á sua conducta arbitraria, num regimen legal. E' a applicação do principio do Direito Canonico: — *spoliatus ante omnia restituentus*.

Mas, em todo caso, como ensina *A. Marques*, deverá o autor demonstrar, *requerendo a reintegração na posse*, que foi esbulhado, a epoca e as circumstancias do caso; só depois disto é que se passará, então, o respectivo mandado, seguindo-se a citação do esbulhador, a contestação, a dilação e a sentença. Não basta simplesmente *que o requeira*. Deve provar suas allegações.

O proprio *Dias Ferreira*, no seu "Codigo Civil Annotado", reconhece tambem opposto aos bons principios este processo contra o esbulhador, sem a sua citação nem audiencia.

O esbulhador violento devia ser admittido a provar, se não a legitimidade da sua posse, ao menos que o facto do esbulho fôra legal e não violento, ainda que se seguisse o meio mais summario e curto para chegar a essa conclusão.

Oxalá que a Commissão Revisora do Codigo do Processo modifique esta doutrina tanto no projecto, como no Codigo." -- vol. 3.º, pag. 27.

Art.º 507. Na posse de menos de anno e dia, nenhum possuidor será mantido ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse.

§ unico. Entende-se melhor a posse que se fundar em, justo titulo; na falta de titulo, ou sendo os titulos eguaes, a mais antiga e, si da mesma data, a posse actual. Mas, si todas forem duvidosas será sequestrada a cousa emquanto se não apurar á quem toque.

Art.º 508. Si a posse fôr de mais de anno e dia o possuidor será mantido summariamente, até ser convencido pelos meios ordinarios.

118 Posse de menos de anno e dia é aquella que ainda não excedeu desse prazo; é a posse nova. No caso contrario, a posse se diz velha.

Dentro do prazo de um anno e um dia, naturalmente porque o tempo ainda não consolidou esse estado de cousas, não se deverá manter ou reintegrar o individuo na posse, senão contra os que tiverem posse peor que a delle, isto é, menos legitima, menos provavel e, então far-se-á o cotejo das provas. Prefere aquelle que tem posse firmada em um titulo justo. Na falta de titulo ou sendo todos eguaes, dar-se-á preferencia á posse mais antiga. Si não ha posse mais antiga porque são todas da mesma epoca, prefere aquelle que *tem a posse actual*.

E' o mesmo caso do art.º 500, de que já cogitamos, porque elle dispõe do mesmo modo que aquelle, mandando, no caso de concurso de muitas pessoas á posse da mesma cousa, recorrer á *detenção da cousa*.

Aqui tambem se recorre á detenção da cousa, que é a *posse actual*, porque esta é a base mais segura da posse, o facto que exteriorisa o poder da vontade sobre as cousas, a presumpção mais natural da propriedade.

E, não podendo, enfim, chegar o juiz a apurar sem mais

delongas e pesquisas e quem toque a posse, havendo perigo de rixas e violencias e achando-se vaga a posse, ordenará o sequestro da cousa, isto é, a apprehensão e guarda judicial della, até ulterior e mais esclarecida decisão.

Si a posse fôr, porem, de *mais de anno e dia*, dispõe o art.º 508, o possuidor será mantido *summariamente*, até ser convencido pelos meios *ordinarios*. Aqui, como já se acha firmada definitivamente pelo longo decurso do tempo a relação possessoria o possuidor será protegido contra qualquer terceiro, sem mais exame de titulos ou disputa de preferencias. O Codigo diz *summariamente, até ser convencido pelos meios ordinarios*. Mas, quaes são estes? Os ordinarios petitorios ou os ordinarios possessorios?

Alguns entendem, diz Tito Fulgencio, ob. cit., que é á acção de reivindicacção que se deve recorrer então, porque a sentença, mesmo proferida no *summario* possessorio, onde se discute e faz prova, só pode ser annullada pela acção rescisoria ou pela petitoria da cousa.

O *Clovis*, porem, pensa de modo diverso, porque o dispositivo do nosso Codigo se apartou do Codigo Portuguez, que remette expressamente o autor para o petitorio, ao passo que o nosso manda-o simplesmente para as vias ordinarias, que podem ser tambem os possessorios; alem de que aquelle fala de manutençção e de restituicção, emquanto este se refere apenas á manutençção.

E, *Fulgencio* conclue que o parecer de *Clovis* é o melhor, porque, antes de tudo, tem por si a doutrina de *P. Boptista e Ribas*, segunda a qual a sentença proferida em juizo *summario* não faz coisa julgada com relação ao ordinario; porque, depois, as acções possessorias alem do anno e dia, são acções ordinarias, segundo o art.º 523; e, porque, enfim, nessas acções ordinarias, embora possessorias, tambem se podem discutir e provar cumprida e completamente os factos.

Art.º 509. O disposto nos artigos anteceden-
tes não se applica ás servidões continuas não

apparentes nem ás descontinuas, salvo quando os respectivos titulos provierem do possuidor do predio serviente ou daquelles de quem este o houve.

119 Servidões são direitos reaes constituídos em favor de um predio (os dominantes) sobre outros predios de donos differentes (os serviente:). Servidões continuas são as que uma vez estabelecidas, subsistem; são permanentes e se exercem, portanto, independente de novo acto. Descontinuas, ao contrario, são as que dependem de renovação constante, como as de aqueducto, no primeiro caso; e de transitio, no segundo. Apparentes são as que se revelam por obras exteriores; e não apparentes, as que não são visiveis.

O art.º 509 preceitua que os remedios possessorios se não applicam á defesa das servidões *descontinuas* e *não apparentes* e a razão é — “porque, não se manifestando ellas por signaes visiveis podendo confundir-se com actos meramente tolerados ou permittidos, não realizam as condições da posse, que é um facto correspondente ao exercicio de um direito real: explica o *Clovis*; de modo que, si taes servidões tiverem por base um titulo proveniente do possuidor do predio serviente ou de seu antecessor, já não podem ser reputados actos de mera tolerancia ou permissão e, têm no titulo sua razão de ser”.

E, portanto, havendo taes titulos, cabem os remedios possessorios, como nos artigos antecedentes.

120 Vejamos agora o segundo effeito da posse: a indemnisação do damno.

Art.º 508. O possuidor, mantenido ou reintegrado na posse, tem direito á indemnisação dos prejuizos soffridos, operando-se a reintegração, á custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho.

Art.º 504. O possuidor pode intentar a acção de esbulho ou a de indemnisação contra o terceiro que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era.

Temos aqui tres hypotheses.

A primeira é a do individuo que, perturbado na posse, foi mantenido pelo juiz, e deve ser pago dos prejuizos que a perturbação lhe causou.

A segunda é a do individuo que, esbulhado, foi restituído á sua posse e deve ser compensado dos prejuizos que soffreu com a espoliação, devendo ainda mais ser conduzido ao lugar onde se dera o esbulho e, ali reintegrado, á custa do esbulhador.

E a ultima é a do individuo que sabe ter sido a coisa esbulhada adquirida por terceiro, conscio do esbulho.

Neste ultimo caso tem o offendido a escolha dos remedios, como ensina o *Glovis*, "Cod. Civil": ou intenta contra elle a acção de esbulho, que lhe restitue a coisa com perdas e damnos; ou propõe a acção de indemnisação que lhe dará o preço da coisa usurpada.

A primeira é acção possessoria; a segunda, porem, é acção petitoria e ordinaria. Tambem a acção restitutoria contra o terceiro não veio do Direito Romano, que não a concedia; mas, do Canonico, que a creou e transmittiu ao Direito Patrio, pela razão de ser o terceiro, que sabendo do esbulho, adquire a coisa esbulhada; um verdadeiro *complice* do criminoso de quem lh'a transmittiu.

A indemnisação constará então da sentença que mantem ou restitue a posse ao autor do interdito ou da acção ordinaria, relativa ao terceiro, sendo feita a avaliação dos damnos por peritos no curso da causa ou, posteriormente, na liquidação da sentença, tendo se em vista, como lembra *Azevedo Marques*, "A Acção Possessoria", n.º 35, as normas traçadas pelos arts. 1056 á 1061 do Código, que consagram as regras aceitas anteriormente, definindo as perdas e damnos, comprehendendo

o damno emergente e o lucro cessante, aquelle sendo o que provavelmente se perdeu e, este, o que razoavelmente se deixou de lucrar, tendo-se em vista a media de estimação commum e as despezas necessarias á reintegração no logar do esbulho.

121 O terceiro effeito da posse é a percepção dos fructos :

Art.º 510. O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ella durar, aos fructos percebidos.

Art.º 511. Os fructos pendentes ao tempo em cessar a boa fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despezas da producção e custeio. Devem ser tambem restituídos os fructos colhidos com antecipaçáo.

Art.º 512. Os fructos naturaes e industriaes reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separadas. Os civis reputam-se percebidos dia por dia.

Art.º 513. O possuidor de má fé responde por todos os fructos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má fé; tem direito porém, ás despezas de producção e custeio.

Fructos, diz o *Lafayette*, "Dir. das Cousas", § 99, são os productos que nascem e renascem da cousa, sem acarretar-lhe a destruição no todo ou em parte: o café, o algodáo, a lã, as crias dos animaes.

Esses fructos são ainda chamados naturaes, por opposição áquelles que consistem em rendimentos periodicos e se chamam fructos civis: os juros, os alugueis as rendas. Mas, tambem se chamam naturaes, *Clovis*, vol. 1. art.º 60, "Cod.

Civ.", os que resultam do desenvolvimento proprio, da força organica da cousa; industriaes, os devidos á intervenção do esforço humano sobre a natureza.

Em relação ao seu estado, os fructos se dizem *pendentes*, si ainda unidos á cousa que os produziu; *percebidos* (os civis e industriaes) *ou colhidos*, (os naturaes) depois de separados; *estantes*, os que, depois de separados, ainda existem; *percipiendos* os que deviam ser, mas não foram colhidos; *consumidos*, os que já foram utilizados.

Productos são as utilidades que se retiram da cousa, diminuindo-lhe a quantidade, porque não se reproduzem periodicamente: taes as pedras, o sal, os metaes. Os productos, quando provenientes de um capital posto em actividade economica, tambem são fructos.

Enfim, ainda ha os rendimentos, conforme o art.º 60, que são os fructos civis das cousas.

O possuidor de boa fé tem direito á todos os fructos percebidos, isto é, aos que elle auferiu e gozon até a data em que terminou a sua boa fé, e, portanto, até a data em que foi citado para deixar aquella posse, por lhe faltar um titulo legitimo á ella, o que, entretanto, elle ignorava.

Os fructos pendentes, porem, o que significa os ainda não colhidos, não lhe pertencem e devem ser restituídos, descontados todavia as despezas de producção e custeio, porque ninguem se pode locupletar do trabalho alheio sem pagamento. E quanto aos **colhidos com antecipação**, devem ser restituídos tambem, porque já o foram depois de ter desaparecido a boa fé.

O possuidor de má fé deverá pagar todos os fructos colhidos e percebidos e até os que deixou de perceber por sua culpa, deduzidas egualmente, e pela mesma razão, as despezas de producção e custeio.

122 O quarto effeito da posse é a responsabilidade pelas deteriorações ou perda da cousa.

Art.º 514. O possuidor de boa fé não responde pela perda ou deterioração da cousa, á que não dêr causa.

Art.º 515. O possuidor de má fé responde pela perda ou deterioração da cousa, ainda que accidentaes, salvo se provar que do mesmo modo se feriam dado, estando ella na posse do reivindicante.

Por conseguinte, possuidor de boa fé não responde pela perda ou deterioração acontecidas por caso fortuito ou forza maior que, segundo o art.º 1058 do Código se verificam — “no facto necessario cujos effeitos não era possivel evitar ou impedir”. O possuidor de má fé, porem, responde até pelos casos accidentaes, salvo si provar que o accidente teria occorrido ainda quando a cousa estivesse em poder do dono.

123 O quinto effeito da posse é o pagamento das bemfeitorias.

Art.º 516. O possuidor de boa fé tem direito á indemnisação das bemfeitorias necessarias e uteis, bem como, quanto ás voluptuarias, si lhe não forem pagas, ao de levantar-as, quando o puder, sem detrimento da cousa.

Art.º 517. Ao possuidor de má fé serão pesareidas somente as bemfeitorias necessarias; não tem direito nem ás uteis nem as voluptuarias que não pode levantar.

Art.º 518. As bemfeitorias se compensam com os damnos e só obrigam ao resarcimento, si ao tempo da evicção ainda existirem.

Art.º 519. O reivindicante obrigado a indemnizar as bemfeitorias tem direito de optar entre o seu valor actual e o seu custo.

Bemfeitorias são todos os melhoramentos artificialmente feitos na coisa.

Conforme o art.º 63 do Código, ellas podem ser voluptuarias, uteis ou necessarias.

As primeiras são as de mero deleite ou recreio, que não augmentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

As segundas são as que augmentam ou facilitam o uso da coisa.

As terceiras são as que tem por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore. Art.º 64. Não se consideram bemfeitorias os melhoramentos sobrevindos á coisa sem a intervenção do proprietario, possuidor ou detentor.

O proprietario reivindicante pode optar, quando tem de indemnisar as bemfeitorias ao possuidor, entre o valor actual dellas e o do custo, o que, segundo ensina o *Clovis*, é justo, porque o possuidor não deve receber mais do que despendeu. Si gastou dez, ainda que o melhoramento tenha maior valor no momento da evicção, não se lhe deve dar mais.

Si vale menos, seria injusto que o reivindicante pagasse o que não recebeu; deve indemnisar apenas o acrescimo de utilidade que realmente lhe adveio e não todas as despesas que acaso tenha feito o possuidor.

Quanto ao possuidor de má fé, elle perde em proveito do proprietario, as bemfeitorias uteis e voluptuarias, em compensação dos prejuizos que lhe causou, com a occupação de seu bem por algum tempo.

124 O sexto effeito da posse é o direito de retenção. isto é, o direito de manter alguém a coisa sob seu poder até ser pago das bemfeitorias que nella realizou.

O Código dispõe:

Art.º 516 Segunda Parte. Pelo valor das bemfeitorias necessarias e uteis o possuidor de boa fé, poderá exercer o direito de retenção.

Art.º 517. Segunda Parte. Ao possuidor de má fé não assiste o direito de retenção pela importancia das benfeitorias, mesmo necessarias, nem pode levantar as voluptuarias.

O possuidor de má fé soffre assim uma pena pelo seu procedimento incorrecto.

125 Enfim, o derradeiro effeito da posse é o usocapião, de que, entretanto, o Codigo só se occupa no capitulo do dominio.

O usocapião é a adquisição do dominio pela posse prolongada.

O Codigo dispõe :

Art.º 550 — Aquelle que, por 30 annos, sem interrupção nem opposição, possuir como seu um immovel, adquirir-lhe-á o dominio, independente de titulo e boa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de titulo para a inscripção no registro de immoveis.

Art.º 551. Adquire tambem o dominio do immovel aquelle que, por 10 annos entre presentes ou 20 entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestavelmente, com justo titulo e boa fé.

§ unico. Reputam-se presentes os moradores do mesmo municipio, e, ausentes, os que habitam municipios differentes.

Art.º 552. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar á sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas sejam continuas e pacificas.

Art.º 553. As causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescripção tambem se

applicam ao usocapião; (art.º 619 § unico) assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor.

Ainda o Codigo trata do usocapião das cousas moveis, nestes termos :

Art.º 618. Adquirirá o dominio da coisa movel o que a possuir como sua, sem interrupção, nem opposição durante 3 annos.

§ unico. Não gera usocapião a posse, que se não firme em justo titulo bem como a inquilinada, original ou supervenientemente, de má fé.

Art.º 619. Si a posse da coisa movel se prolongar por 10 annos, produzirá usocapião, independente do justo titulo ou boa fé.

§ unico. As disposições dos arts. 552 e 553 são applicaveis ao usocapião das cousas moveis.

Eis ahi a posse produzindo só por si, quando é continua e pacifica durante 30 annos, a adquisição do dominio de immoveis, independente do justo titulo e de boa fé, que então se presumem, na ausencia de qualquer opposição ou reclamação, num periodo de tempo tão longo.

Alem de se dever suppor razoavelmente que, si ninguem se oppoz ou reclamou contra a posse durante esse prazo, é por que ella é legitima, accresce que se faz mister respeitar as situações desenvolvidas e consolidadas pelo tempo e assegurar a certeza nas relações sociaes, collocando o possuidor ao abrigo de reivindicções imprevistas e extemporaneas.

Mas, não é só. O Codigo concede tambem a adquisição do dominio dos immoveis, pelo espaço de 10 ou 20 annos, desde que á posse ininterrupta e pacifica se ajuntem um titulo justo e uma boa fé.

E, quanto ás cousas moveis egualmente admitte se ad-

quire o dominio dellas após 10 annos de posse ininterrupta e pacifica, si á posse se ajuntar um titulo justo e uma boa fé.

Desta maneira a posse, ora por si exclusivamente, ora com o auxilio de um titulo e de uma boa fé, produz o effeito importante de fazer adquirir o dominio ou propriedade.

Capitulo XIII

A Perda da Posse

126 Vejamos agora como se perde a posse.
Dispõe o Código :

Art.º 520. Perde-se a posse das cousas :

- I. Pelo abandono
- II. Pela tradição
- III. Pela perda, ou destruição das cousas ou por serem postas fóra do commercio.
- IV. Pela posse de outrem, ainda contra vontade do possuidor, si este não foi mantenido ou reintegrado em tempo competente.
- V. Pelo constituto possessorio.

§ unico. Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossivel exercel-os ou não se exercendo por tempo que baste para prescreverem.

O Código Allemão no art.º 856, dispõe que a posse se extingue : — “quando o possuidor renuncia ao poder de facto



sobre a cousa ou a perde de uma outra maneira. Ella não se extingue por um impedimento momentaneo no exercicio do poder de facto". —

O Codigo Brasileiro preferiu á esse systema synthetico, como já fizera quando tratou da aquisição da posse, o systema analytico da enumeração e indicou os cinco modos acima prescriptos.

O primeiro é o abandono.

O abandono differe da renuncia, porque elle consiste em deixar o possuidor o que é seu com a intenção de não o querer mais, embora sem declaração expressa; ao passo que a renuncia suppõe sempre esta manifestação decisiva da vontade. E' o que decide o proprio Codigo, no art.º 589, ns. II e III, §§ 1.º e 2.º, em que declara que, nos casos de alienação e de renuncia, os effeitos da perda sejam subordinados á transcripção do titulo ou do acto renunciativo no registro do lugar do immovel, si se trata de immovel; e si se trata de moveis, os abandonados sejam arrecadados como bens vagos e, passados dez annos, adjudicados ao dominio publico.

De modo que, a perda da posse pela renuncia não offerece duvidas; mas, sendo pelo abandono, depende de certas condições conforme os casos, desde que se não marceu um prazo, salvo o da prescripção pelo não uso, para que elle seja razoavelmente presumido.

Comprehende-se diz a doutrina, que a desocupação de um predio em determinadas condições possa traduzir a intenção de abandonar a posse por equivaler á *neglecta atque omis-sa custodia*. Si a ausencia é prolongada não se harmonisa com a forma normal de utilização da propriedade, mas, ao contrario, ha uma perturbação dessa relação normal, que significa naturalmente o abandono. Si a desocupação, entretanto, é provisoria, passageira ou periodica conforme o modo normal do destino da cousa como, por ex., si é deixada a habitação do campo durante o inverno, si os terrenos de plantio são deixados por alguns annos em descargo, ou a propriedade é desocupada por uma necessidade qualquer, não ha por onde de-

duzir o abandono. Não se decidirá, porem, do mesmo modo si o possuidor atirar de sua casa á rua os moveis que não quer conservar porque então o intuito de alienar de si o dominio delles é claro.

Tudo dependa, portanto, da apreciação das circumstancias em cada hypothese.

127 Como a posse se adquire por terceiro, assim tambem por terceiro se conserva e se perde, ensina *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 16. Entre o possuidor e seu representante ha um vinculo de direito que os liga. Pode o terceiro mudar de intenção e se resolver a possuir a coisa para si. Esta simples mudança de vontade só por si não é bastante para operar a perda da posse por parte da pessoa de quem é elle representante; mas, si elle manifesta essa resolução por um acto externo, inequivoco, como se recusa entregar a coisa sem um fundamento legal ou a repulsa do possuidor, a posse está perdida. Pode ainda o terceiro, prosegue *Lafayette*, por mera infidelidade e sem ser em seu proveito, perder a posse da coisa, abandonando-a ou entregando-a á outrem. No caso de abandono, a posse continua a subsistir até que algum outro se apodere da coisa.

No segundo caso, a posse só se considera perdida, desde que o possuidor, avisado do occorrido, se abstem de reaver a coisa ou, tentando retomal-a, é repellido.

A posse se perde por terceiro, conclue elle, nos mesmos casos em que a perderia o proprio possuidor, si elle mesmo pessoalmente a tivesse sob sua detenção, como si a coisa perece, si se extravia ou si outrem a toma.

Ella, porem, não se perde si o terceiro transfere á outrem a mera detenção, como si o locatario subloca a coisa ou si o depositario a põe a guarda de outrem ou si o terceiro enlunquece ou morre, porque nenhum desses factos acarreta por si só a cessação do poder sobre a coisa.

O segundo modo de perder a posse é a tradição. A tradição é a entrega da coisa a outrem com a intenção de transfe-

rir-lhe a posse e, assim se diz, porque a entrega pode ser sem tal intenção, como a do proprietário á uma pessoa que a deve levar á terceiro, ou á titulo precario, ou por força de obrigação ou direito, e não faz perder a posse, como nos casos do art.º 486.

A transcrição é a tradição solenne do immovel e produz o mesmo effeito que ella.

O terceiro modo de perder a posse é um facto complexo comprehendendo o da perda da cousa, o da destruição desta ou o de ter sido ella posta fóra do commercio.

De modo que elle se realiza por tres maneiras :

a) pelo desvio da cousa da esphera de acção do possuidor, sem que este procure rehavel-a, occorrendo assim o caso da *neglecta atque omissa custodia*.

b) pelo perecimento da cousa, que se extingue, se despedaça, se transforma, se funde ou mistura com outra ou fica em logar inacessivel ou em situação de não mais servir ao seu destino economico.

c) pelo acto legal que retira a cousa da circulação dos bens, declarando-a inappropriavel ou inalienavel, como os bens publicos ou os bens dotaes.

O quarto modo de perder a posse é a tomada da posse por outrem, contra nossa vontade, sem que dentro de um anno empreguemos o remedio da manutenção ou o da reintegração para nos conservarmos nella ou á ella sermos restituídos. E' claro que si não empregarmos esses recursos haverá de nossa parte a *neglecta atque omissa custodia*. Passado um anno e um dia de nossa inacção, fica firmada a nova posse por parte do esbulhador e, nos termos do art.º 508, é elle quem deverá ser mantido nella summariamente, até que seja convencido de não ter razão, pelos meios ordinarios.

O quinto modo de perder a posse é o constituto possessorio.

O constituto possessorio, á que já nos referimos no principio deste trabalho, é o acto pelo qual alguém, detendo a cousa com o animo de dono, muda de intenção e começa a possuil-a para outro. Assim, aquelle que vende á outro seu predio,

pode ficar possuindo este, em nome do comprador, como locatário; e, assim, aquelle que faz doação de um bem a outro, pode continuar a possuil-o, como usufructuario.

O constituto possessorio, em relação ao que demitte de si a posse, diz *Lafayette*, é um modo de perda; assim como, em relação áquelle em favor de quem a posse for transferida, é modo de aquisição.

Em resumo, pois, da mesma maneira que a posse se adquire pelo corpo e pelo animo, tambem ella se perde pelo corpo e pelo animo, deixando-se que outrem nos tome o poder sobre a cousa corporea ou incorporea, não se querendo mais exercer esse poder, ou ainda quando, por nossa propria vontade, renunciemos a tal poder.

126 Enfim, dispõe o Código, no § unico, que, *quanto aos direitos*, perde-se a posse delles, em se tornando impossivel exercel-os, ou não se exercendo por tempo que baste para prescreverem.

Ora, nós já dissemos que esses direitos cuja posse se poderá perder pela impossibilidade de exercel-os ou pelo não exercicio durante certo prazo, são tambem os direitos pessoases.

Alem dos motivos allegados no cap. VIII ainda aqui o Código, falando *dos direitos*, nenhuma distincção faz entre direitos reaes e pessoases e o interprete não pode fazel-o arbitrariamente e, o que mais é, contra razões valiosas em sentido negativo.

Depois, occorre lembrar que as causas que podem tornar impossivel o exercicio dos direitos ou fazer perder a posse delles pelo não uso durante certo tempo, são as mesmas que podem tornar impossivel a posse das cousas ou fazel-as perder.

São de um lado, o perecimento, a extincção do direito; e, de outro lado, a sempre *neglecta atque omissa custodia*, a inacção do possuidor.

E, assim, a perda da posse dos direitos se dá, *mutatis mutandis*, nos mesmos casos em que a perda da posse das cousas.

Tito Fulgencio, "Da Posse", tambem diz, no n.º 291, que: — "no ambito da formula do art.º 520. § unico, estão comprehendidas todas as causas que determinam a perda das cousas applicadas á perda dos direitos". —

Art.º 521. Aquelle que tiver perdido cousa movel ou titulo ao portador ou á quem houverem sido furtados, pode rehavê-los da pessoa que os deliver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lh'os transferiu.

§ unico. Sendo o objecto comprado em feição publico, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou.

129 Já tratamos do caso de applicação dos remedios possessorios á defesa da posse de cousas moveis.

Aqui permite o Codigo rehavêr as cousas perdidas ou furtadas, do poder de quem as detenha, ainda que não seja mais o achador ou o ladrão, porem o terceiro, e ainda que elle esteja de boa fé.

O Codigo não faz distincção alguma.

Perdidas se dizem as cousas que estão fóra do poder de seu dono ou porque elle as esqueceu em algum lugar, ou porque uma força maior as deslocou de sua situação, ou porque ellas mesmas, as semoventes se transviaram, sem que, entretanto, o referido dono as tivesse abandonado, renunciando ao seu direito sobre ellas.

Furtadas se dizem as cousas, conforme a propria denominação generica da expressão *furtum*, que são subtrahidas ao poder de seu dono, contra sua vontade, por força ou por qualquer meio astucioso.

Ha quem faça distincção entre os meios de furto para os effeitos de restituição das cousas. Querem alguns que o dono da cousa directamente espoliado de sua posse, seja protegido pela acção de reintegração; mas ao contrario, si se despojou

voluntariamente della, confiando-a á outrem, que da mesma então se apoderou, por qualquer artificio, não. Entretanto, nem essa distincção encontra apoio em nosso Código, nem nos principios geraes de direito.

O nosso Código fala somente das cousas furtadas e, portanto, furtadas por qualquer meio, directo ou indirecto, sem violencia ou com ella.

Depois os principios geraes de direito não podem tolerar que o dono de uma cousa furtada por um certo meio possa re-haver essa cousa e, furtada por outro meio não o possa, havendo até em certos casos, como no do depositario, que recusa entregar a cousa ou a tem vendido, aggravação de culpa.

E, enfim, á esse respeito tem-se a opinião de *Vidari*, em seu "Corso de Diritto Commereiale", que, no vol. 3.º n.º 1730, ensina a bôa doutrina, á proposito dos titulos ao portador.

—“Tudo isto advertido, consideramos nós que, si não accôrde com a letra, certamente accôrde com o espirito do art.º 708, se devem equiparar aos casos de furto, *todos aquelles outros casos que tem por base a subtracção, o espolio, a extorção, quaes sejam a trapaça, a fraude, a apropriação indebita, etc.* Tanto mais que, no art.º 709, o qual é uma excepção da excepção escripta no art.º 708, em vez da palavra especifica furto, se emprega a palavra generica subtracção. Si não fosse assim a lei se constrangiria em uma distincção absurda, a qual, até a prova contraria evidente, não devemos supportar legislador. Como? Poder-se-á reivindicar contra quem recebe do ladrão a cousa e não se poderá, por ex., contra o depositario infiel, que vendeu o objecto confiado á sua guarda? Importará mais, então, que no furto propriamente dito, o proprietario não concorra com o proprio facto voluntario para a perda da posse, enquanto que no estellionato, na fraude, i.e. appropriação indebita, elle, ao contrario, concorre? Terá elle, consignando por tal modo a cousa á quem depois illegitimamente a dá como propria á outrem, a intenção de abandonar-lhe a posse e os direitos relativos?”

Não, certamente. Pois bem, si assim é, porque não se poderá intentar contra tal illegitimo detentor a reivindicção? Isto nós dizemos em base á doutrina do nosso Codigo Civil; não já porque nós approvemos estas reivindicções contra possuidores de boa fé, qualquer que seja a condição juridica de seus autores. Si o art.º 708 é uma excepção do art.º 707, e, em materia de excepções, a lei vai interpretada restrictamente, observamos que, interpretando a nosso modo o art.º 707, não lhe estendemos a efficacia, mas, lhe damos claramente aquelle significado que, com muita probabilidade, estava na mente do legislador, ainda que este não tenha sempre falado claramente”.

130 Ainda mesmo que o terceiro esteja de boa fé, permite o Codigo que lhe seja tirada a cousa de seu poder.

Em Direito Romano não se podia adquirir por tradição uma cousa movel senão daquelle que tivesse sobre ella o dominio livre, de sorte que a tradição operada pelo não proprietario nenhum effeito produzia; e, por isso, concedia elle ao proprietario o direito de rehaver sua cousa do poder de quem a detivesse, *fosse o detentor de boa ou de má fé* e dava tambem ao possuidor *um interdicto especial para tal fim*.

O Codigo Civil Francez alterou o velho direito e dispoz, abolindo o interdito possessorio para a defesa dos moveis, que, *en fait de meubles la possession vaut titre* e, portanto, que somente o proprietario de cousa movel poderá reivindicar do terceiro possuidor de boa fé, quando elle a tenha perdido ou ella lhe tenha sido furtada, porque a posse produz em favor dos terceiros de boa fé o mesmo effeito do titulo, uma presumpção de propriedade.

Um systema analogo seguiram os Codigos Italiano e Hespanhol; mas, já não procederam do mesmo modo os Codigos da Allemanha e de Portugal.

No art.º 1007 dispõe o Allemão: — “aquelle que teve a posse de uma cousa móvel, pode exigir do possuidor actual a restituição da cousa, si este não estava de boa fé quando

adquiriu a posse. Si a coisa foi furtada ao possuidor anterior, si elle a perdeu ou si ella lhe foi tirada de outra maneira, elle pode exigir a restituição, até mesmo do possuidor de boa fé, a menos que este seja proprietario da coisa ou que ella lhe tenha sido tirada antes do começo da posse do possuidor anterior. *Esta disposição não se applica ao dinheiro e aos títulos ao portador.* A reclamação é excluída desde que o possuidor anterior não estava de boa fé quando adquiriu a posse ou quando abandonou a posse". —

No art.º 533 dispõe o Código Portuguez: — "si a coisa móvel foi perdida por seu dono, ou obtida por algum crime ou delicto e passar a terceiro de boa fé, somente prescreve a favor deste passados seis annos". —

De modo que, a excepção do dinheiro e dos títulos ao portador para o Código Allemão e, sem excepção alguma, para o Portuguez, o simples possuidor de qualquer coisa móvel perdida, furtada, roubada, pode reaver-a do poder de terceiro, mesmo de boa fé.

Si é com effeito, diz Saleilles, "Possession des Meubles", de grande utilidade assegurar aos adquirentes de cousas móveis a certeza de guardar o que adquiriram, sem ter de provar o direito de seu antecessor, não é menos equitativo, em vista dos riscos que apresenta a coisa móvel, ao menos quando se trata de moveis corporeos, fortificar, tanto quanto possível, a situação jurídica do possuidor e collocar-o em posição de recobrar a posse que perdeu, sem obrigar-o a prova tão difficil do seu direito de propriedade. O direito allemão, a exemplo do romano, já tinha posto á sua disposição os mesmos meios de defesa possessoria que os admittidos para os immoveis. Não ficará reduzido, como o possuidor do direito francez, victima de um esbulho clandestino ou violento, a recorrer aos meios petitorios e a por em movimento a acção de reivindicacão da propriedade.

O nosso Código se manteve fiel ao principio romano.

E o Clovis, "Código Civil", observa tambem: — "o Código Brasileiro não aceitou a regra do direito francez sobre a

posso valer título em caso de moveis, nem ainda sob a forma attenuada do Código Civil Italiano. E diante da critica levantada contra essa regra, não se pode deixar de applaudir a sua rejeição, aliás aconselhada pela tradição do nosso direito”.

131 E, agora, sobre os títulos ao portador?

Títulos ao portador são os títulos de credito emittidos em favor de quem com elles se apresenta, e, por isso, transferíveis por simples tradição manual.

A. Rezende censura o Código por haver incluído no numero das cousas moveis recuperaveis até mesmo do poder de terceiro, que de boa fé os adquiriu, os títulos ao portador, que em outras legislações, foram garantidos. E, ainda mais absurdo porque, sendo taes títulos cousas fungiveis, já eram protegidos, pela legislação anterior, os portadores de boa fé.

Todavia o Código foi coherente com o principio aceito. Em primeiro lugar, attendeu a um facto importante.

Os títulos ao portador são cousas assignaladas por caracteres inconfundiveis e por isso se distinguem de todas as outras e podem, portanto, ser facilmente reconheciveis e recobraveis.

Com effeito. O título ao portador é subscripto pelo emissor (art.º 1505); pode ter inscripto nelle o nome do credor (art.º 1510); só será emittido em virtude de uma autorisação federal, salvo si o for por algum Estado ou algum Municipio, caso em que, mesmo assim, se regerá por lei especial (art.º 1511)).

Portanto, o título ao portador tem sempre, pelo menos, o nome do devedor, a data da emissão, o lugar em que esta se fez, a lei que autorizou o empréstimo, e, as vezes, até o nome do credor.

E, o art.º 1510 prescreve que, — “aquelle cujo nome se acha inscripto no título, se presume dono e pode reivindicar-o de quem injustamente o detenha”. —

Em segundo lugar, o Código quiz deixar bem patente que

não admittia o systema francez da posse valer quanto aos moveis como titulo.

O *Clovis* é da mesma opinião. Elle justifica o Codigo de ter preferido acompanhar a tradição do nosso direito, pela razão de ser a regra do direito francez muito censurada.

E, acrescenta que o art.º 521 estabeleceu o principio de que os proprios titulos ao portador, que, em si mesmos trazem a sua legitimidade e que se destinam á circulação rapida, sem formalidade, podem ser, no caso de perda ou furto, recuperados de quem os detiver.

E, alem dessa medida, attendendo á indole especial do titulo, ainda providenciou o Codigo para impedir que o detentor injusto recebesse do emissor a importancia do titulo ou o seu interesse.

— “A pessoa injustamente desapossada do titulo, diz o art.º 509, mediante intervenção judicial, poderá impedir que ao detentor illegitimo se pague a importancia do capital ou seu juro.

E, si citado o detentor desses titulos, não forem apresentados em tres annos dessa data, poderá o juiz declarar-os caducos, ordenando ao devedor que lavre outros, em substituição dos reclamados”.

132 A regra, portanto, para o caso de se haver perdido cousa movel ou titulo ao portador: ou se ter soffrido um furto ou roubo delles, é que se pode rehavê-los da pessoa que os detiver.

O art.º 521 dá ao detentor o direito de ir pedir o preço e o prejuizo que com isto haja sentido, á quem lhe transferiu as cousas ou os titulos. E' o direito de regresso.

133 Mas, no § unico, determina que, si o objecto *fôr comprado em bilão, feira ou mercado publico*, o dono, para rehavê-lo, terá de pagar ao possuidor o preço porque este o comprou. E a razão dessa exeeção é que a boa fé do comprador, neste caso, é tão manifesta que haveria injustiça, dizem,

cia tratat-o com mais rigor; e, mais, convem assegurar a validade das transacções commerciaes effectuadas em publico, as quaes, de outro modo, se tornariam impossiveis.

134 Contudo, dispõe o Codigo no art.º 522, ultimo deste capitulo, que a cousa só se considera perdida para o ausente, que é aquelle, segundo o art.º 463, que desapareceu de seu domicilio sem que delle haja noticia. quando este, tendo conhecimento do facto da perturbação ou do esbulho á sua posse, nada faz, abstem-se de requerer manutenção ou reintegração em suas cousas, ou tentando fazel-o, é violentamente repellido.

Capitulo XIX

As Acções Possessorias

135 Finalmente trata o Codigo das acções possessorias e de seu processo.

Art.º 523. As acções de manutenção e as de esbulho serão summarias, quando intentadas dentro de anno e dia da turbação ou esbulho e, passado esse prazo, ordinarias, não perdendo, contudo, o caracter possessorio.

§ unico. O prazo de anno e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de facto anterior á turbação ou ao esbulho.

Acção, ensina *P. Baptista*, "Theoria e Pratica do Processo". § 2.º, é o direito de invocar a autoridade publica (juiz) e de agir regularmente perante ella para obter justiça. As acções são *prejudiciaes*, *rears* ou *pessoaes*, conforme têm por objecto o estado da pessoa, ou alguma cousa, ou o cumprimento de uma obrigação, §§ 8 e 9, podendo tambem ser *mirtas*,

aquellas pelas quaes demandamos ao mesmo tempo o que é nosso e o que nos é devido, § 21, e, alem, de *moveis e immoveis, principaes ou accessorias, preparatorias ou definitivas, connexas ou independentes, incidentes de intervenção, reconvençionaes*, § 28, ainda, *petitorias ou possessorias*, conforme garantem a posse ou são garantia da propriedade, § 29.

136 Ainda sobre o assumpto doutrina *P. Baptista*, "Theoria e Pratica", § 34 : — "ha natural incompatibilidade entre o petitorio e o possessorio, de sorte que não podem ser accumulados na mesma instancia (art.º 25 do Cod. Proc. Civil Fr.) nem correr ao mesmo tempo e separadamente em instancias diversas, não podendo ser instruidos e julgados, senão um depois do outro (art.º 266 do Cod. Proc. de Genebra e das duas Sicilias). Dahi nascem as seguintes regras : 1.º o autor no petitorio não pode ser recebido como autor no possessorio, pois que si é aqui o possuidor do objecto, não pode ali reivindicar-o de si mesmo; 2.º o autor no possessorio não pode agir no petitorio, porque para reivindicar, é mister não possuir. *Is qui agitur, non possidet*—dizem as Inst. § 2.º, de *actica* e o mesmo se diz do réu no possessorio para não ser recebido no petitorio e vice-versa; 3.º os julgados no petitorio fecham irrevogavelmente a porta ao possessorio; 4.º mas, o que ficou estatuido no possessorio não prejudica o petitorio, devendo antes pagar as custas e prestações em que fôra condemnado (art.º 27 do Cod. Civ. Fr.) sendo que o vencedor no possessorio, que fôr ao depois vencido no petitorio não é obrigado a restituir essas prestações; 5.º o autor desistente no possessorio, pode ao depois intentar o petitorio; porem o autor desistente no petitorio não pode jamais ser recebido no possessorio; porquanto, desde que formou a sua acção de reivindicação revelou ter abandonado toda aspiração á posse". —

137 As acções, enfim, ainda podem ser, conforme seu processo, *ordinarias, summarias ou summarissimas*.

As primeiras, § 75, são aquellas que a lei tem estabelecido como regra geral para todas as causas.

As segundas, aquellas em que a lei, respeitada a ordem natural, simplifica os actos, encurta os prazos e dispensa certas formalidades, dando-lhes assim uma marcha mais breve e expedita.

As tereciras são aquellas em que se guarda restricta e verbalmente a ordem natural; ou segundo *P'ulgencio*, aquellas em que, pela maior urgencia ou por se apresentarem muito esclarecidas, se prescinde das formalidades do summario, ainda que sempre com sujeição ás estabelecidas pela lei.

138 Ordinarias são as acções do possuidor que se conservou inactivo e calado, deixando passar *um anno e um dia* sobre a ameaça, a perturbação ou o esbulho de que foi victima e contra os quaes nada reclamou. São as acções chamadas de *força velha*.

O prazo de anno e dia se conta do dia em que se realizou a ameaça, o esbulho ou o ultimo acto turbativo, ou, no caso de ausencia, do dia em que, avisado do occorrido, o offendido se abstave de agir ou foi repellido.

Estas acções começam sempre por uma petição da parte em que, exposto o facto, requer simplesmente a citação da parte contraria para contestar a acção, ha replica e treplica, dilação probatoria, razões finaes e sentença com recurso para a superior instancia.

139 Summarias são as acções do possuidor que, vigilante pelo seu interesse, acode logo, *dentro do anno e dia*, para reclamar contra qualquer ameaça, perturbação ou esbulho em suas cousas. E' a *acção de força nova*.

As leis reguladoras das referidas acções possessorias ordinarias, summarias ou summarissimas, são as processuaes de cada Estado, não contrariando ás regras do art.º 523 do Codigo Civil.

E, onde não houver leis processuaes do Estado, vigorará

a "Consolidação", do *Ribas*, no que não contrariar as disposições do Código, assim como, no fóro da União, vigora a "Consolidação" das Leis da Justiça Federal, nas mesmas condições.

Estas acções summarias começam sempre por um requerimento em que, exposto o facto, pede logo o autor ao juiz uma medida preventiva, isto é, requer logo ao juiz que o segure da violencia imminente, comminando pena á quem lhe transgredir o preceito; ou que o mantenha na posse em caso de turbação, ou que o restitua na posse, em caso de esbulho; ou que o immita numa posse á que tem jus; ou que impeça a construeção ou ordene a demolição de obra nova que o prejudica; ou ainda lhe mande entregar bens de sua posse que foram illegitimamente apprehendidos, sequestrados, penhorados por outrem; ou, enfim, faça cessar tudo quanto se houver feito de novo antes de decidida definitivamente a acção, isto é, *o attentado*.

O Juiz, á vista da prova do facto feita pelo autor, ordenará expedir-se *um mandado assegurando a situação deste na sua posse até sentença final*; e, só depois de intimado o réu desse mandado, é que elle será admittido a apresentar seus embargos, que, discutidos e provados receberão a solução final da decisão, tambem com recurso para a superior instancia.

140 Aqui se levantam duas

QUESTÕES

1.^a Porque será que, nos *Interdictos Prohibitorios*, se abre uma excepção á regra e, embargado o mandado ou preceito do juiz, ensinam que elle se converte em simples citação e, portanto, perde seu effeito prohibitorio?

No Direito Romano se encontra a raiz do Interdicto Prohibitorio.

Nas Inst. L 4, tit. 15, De *Interdictis*, se lê: — "os interdictos eram formulados em palavras sollemnes, pelas quaes o pretor ordenava ou prohibia ao réu que fizesse alguma cou-

sa; e principalmente se utilizavam nas questões sobre a posse e a quasi posse.

São prohibitorios aquelles pelos quaes o *pretor prohibe que se faça alguma cousa*, por ex., violencia a quem possui regularmente, a quem quer enterrar um morto em logar em que tem direito de o fazer, ou quer construir em logar sagrado, ou fazer num rio publico, ou em uma margem, cousa que prejudique a navegação". —

A Ord. L 3, tit. 78, dispunha deste modo : — "si alguém se temer de outro... poderá requerer ao juiz *que o segure* a elle e as suas cousas do outro que o quizer offender — *a qual segurança lhe'a o juiz dará*". —

E, si depois della, elle receber offensa daquelle de que foi seguro — *restitui-o-á o juiz e tornará tudo o que foi commettido e attentado, depois da segurança dada* — e — *procederá contra o que quebrantou e menosprezou seu mandado, como achar per Direito*". —

Daqui se vê que, requerida a segurança, devia o juiz expedir o mandado prohibitorio para evitar a realização do mal; que, intimado ao réu o mandado, estava o autor seguro contra a ameaça; e que, enfim, si o réu não obedecesse ao mandado, o juiz procederia contra elle, como achasse de direito.

Assim o que naturalmente se entende é que, intimado o réu do mandado judicial, ainda que pedisse vista dos autos e apresentasse embargos, a prohibição de realizar a ameaça continuava de pé até a sentença definitiva.

E, tanto mais é verdade isto, quanto, a cit. Ordenação adiante dispunha mais que: — "si depois do dito requerimento e protestaão assim feita, fôr alguma novidade commettida ou attentada, *mandará o juiz* (si fôr requerida) *tornar a restituir tudo ao primeiro estado*". —

A Ordenação não disse que, embargado o preceito, este se converteria em simples citação : mandou prohibir a realização da ameaça.

Considerar sem effeito o mandado de segurança expedido pelo Juiz, simplesmente porque o réu apresenta embargos em-

bargos que podem ser e muitas vezes são de pura chicana, seria deixar entregue o autor ás arbitrariedades do réu; seria zombar da autoridade do magistrado; e seria, por fim, burlar a lei, que visou, em bem da ordem publica, garantir antes de tudo a posse do autor, em quanto não pudesse proferir uma decisão definitiva.

Foram os praxista, *Pegas, Lobão, Pereira e Souza* e, baseados nestes, *P. Baptista e Ribas*, que ensinaram essa novidade.

Ribas, na sua "Consolidação", prescreveu: Art.º 771. Acusada em juizo a notificação do mandado, se assignará ao notificado uma audiencia para allegar embargos; si elle o não fizer, subirão os autos conclusos para se julgar por sentença o preceito.

Art.º 772. Si, porem, o reu comparecer ou dentro do termo pedir vista ser-lhe-á ella concedida e, resolvido o preceito em simples citação, se processarão os embargos ordinaria ou summariamente, conforme a natureza da questão sobre que versar o litig.

Azevedo Marques, "A Acção Possessoria", insinua, n.º 84, que: — "seja qual fôr a origem desse enunciado, ou seja criação do RIBAS, tornou-se lei obrigatoria, pela approvação que lhe deu a Res. Imp. de 28 de Dezembro de 1876.

Não é assim.

O *Ribas* não podia crear tal prescripção.

Elle não fôra encarregado de elaborar um Código; mas, incumbido somente do mister de *consolidar as nossas leis relativas ao processo civil*.

O Dec. n.º 5129 de 6 de Dezembro de 1872, dando instrucções para tal serviço, determinou: — "a consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil, consistirá na *exposição systematica das que se acham em vigor*, de modo que mostre o estado actual deste ramo da legislação; e, em notas correspondentes, *citar-se-ão os actos legislativos e regulamentares que autorizarem as disposições dos ditos artigos, bem como o direito romano subsidiario* 3

praxe que firmarem a genuína interpretação dos ditos actos, ou supprirém suas lacunas e houverem sido geralmente acci-tos". —

Ora, o Ribas, consolidando aquelle art.º 772, somente cita em seu apoio o praxista Pegas e a praxe ensinada por este autor, á que alguns outros acompanharam, é contrária, não só ás prescripções do Direito Romano como ainda ás disposições expressas da Ordenação e, portanto, não pode ser invocada para *firmar-lhe a genuína interpretação* ou para *supprir-lhe a lacuna*.

E essa praxe não é incontestada.

Já o praxista Alex. Caetano Gomes, "Manual Pratico", escreveu, n.º 21 : — "a qual praxe é fundada nas doutrinas dos outros D. D., que dizem que *preceito, se não resolve em simples citação*" — acrescentando no n.º 22 : — "e uns e outros D. D. se conciliam, dizendo que se resolvem em simples citações, quanto á parte, mas não quanto ao juiz, ex Gail. lib. 19, n.º 6 ibi : *Mandatum cum clausula, per comparationem, in simplicem citationem resolvi quoad ad partem, secus quoad ad judicem. Ratio est, quia procepta cum clausula, ut supra, resolvuntur in simplicem citationem quoad ad partem, sed quoad ad judicem negotium remanet in suspenso, et exitus acta probabit.*"

Por conseguinte, entre os proprios praxistas a doutrina não era pacifica.

O Codigo Civil, no art.º 501, concedeu ao possuidor que tenha justo receio de ser molestado na sua posse, o direito de pedir ao juiz que o *segure da violencia imminente comminando certa pena á quem lhe transgredir o preceito*.

E não só não preceituou, nenhuma excepção á regra, como não deixa sequer pensar, que embargado esse preceito, fique sem effeito aquella segurança.

Ultimamente se tem operado no espirito dos juristas patrios uma revolução contra esta excepção absurda e odiosa.

Assim, diz A. Rezende, Da Posse, 222 :

"Parece-nos que após os arts. 500 e 508 do Codigo Civil,

não pode mais haver duvidas : o bom senso está indicando que a posse não pode deixar de ficar assegurada provisoriamente. *O simples facto de apresentar embargos ou de contestar a pretensão do autor, não pode justificar, por ex., a execução de uma violencia premeditada e imminente.*

O que o Juiz deve fazer é exigir ardecipadamente a prova embora summaria, da posse allegada pelo autor e assegurar essa posse enquanto ella não fôr negada pela sentença definitiva, no processo contradictorio que se seguir".

Assim, *T. Fulgencio* "Da Posse e Acções Pos.", pag. 587: "— No preceito comminatorio, o comparecimento do citado não autoriza a suspensão do interdeto, ainda que seja prestada caução" — (Trib. de S. Paulo — LX, 422).

Assim *Eduardo Espinola*, Código Proc. Civ., Bahia, art.º 395 : apresentada a contestação, a causa seguirá o curso summario, subsistindo provisoriamente os effeitos do mandado prohibitorio, até que se profira a sentença definitiva.

Assim *Bento de Faria*, Rev. de Dir. vol. 83 : — "os embargos ao mandado, quando offerecidos, apenas tem o effeito de obstar que o preceito possa ser julgado desde logo e fazendo converter em simples citação tão somente para permittir que as partes o discutam com a amplitude da prova assegurada pelos termos do processo commum. *Mas a prohibição da pratica do acto controvertido, essa subsiste.* Effectivamente si a decisão final do juiz tem por objecto a confirmação ou retracção do preceito que estava posto, conforme a procedencia ou importancia da contestação e sua posse, é claro que até esse momento *o acto reputado offensivo não deve ser praticado*, uma vez que não se poderia confirmar ou revogar uma prohibição que não mais existisse por occasião da sentença definitiva.

Tal conclusão ainda resulta da litispendencia, que faz induzir a citação valida e cujo effeito é justamente o de impedir a modificação da situação juridica creada pela notificação do preceito".

Assim var'os Accordões do Sup. Trib. Fed. de 7 de Ou-

tubro de 1911, de 5 de Fevereiro de 1918, de 15 de setembro de 1920, de 23 de Julho de 1921, vem firmando a verdadeira doutrina de que, embargado o mandado prohibitorio, continua elle produzindo seu effeito suspensivo até a sentença final.

Esta doutrina já foi tambem consagrada no Dec. de 11 de Julho de 1904, no qual ficou estabelecido o interdicto prohibitorio para obstar a cobrança de impostos interestaduais, providencia que, não obstante o recebimento de embargos, *fica de pé e valida*, até a decisão final da causa; e o Dec. n.º 252 de 22 de Novembro de 1921, em cujo texto se lê (art.º 2.º, § unico) *que ficarão suspensos os effeitos da lei em relação á contribuintes assegurados por interdicto prohibitorio*, até que sobre o caso haja o pronunciamento definitivo do Sup. Trib. Fed.

Enfim, os "Codigos de Processo" dos Estados da Bahia, art.º 395, do Rio, art.º 1482, do Maranhão, art.º 383, tem resolvido o caso no sentido de ficar sempre assegurada provisoriamente a posse do autor.

E o Código de Processo Civil e Commercial do Estado de Pernambuco, no art.º 554, dispoz muito logica e justamente que: — apresentados os embargos, resolver-se-á o preceito em simples citação, *subsistindo em todo caso os effeitos do mandado, até que se profira a sentença definitiva*". —

Portanto, não ha mais hoje motivo algum para aquella excepção.

2.ª Poderá o juiz decretar *ex officio* a prescripção da acção summaria de posse por haver decorrido o prazo de anno e dia?

E, parece-nos que não, porque o Código não o declarou expressamente; porque, pela regra estabelecida no art.º 166, "—o juiz não pode conhecer da prescripção dos direitos patrimoniaes si não foi invocada tal prescripção pelas partes" — e, porque, finalmente, não ha vantagem, mas longe disso, a maior inconveniencia em que se multipliquem os pleitos: de modo que, nada reclamando a parte contraria, parecendo portanto, ter consentido no que foi feito, não deve por isso ser

annullada a acção summaria, proposta mesmo depois do anno e dia.

141 Summarissimas, por fim, são as acções simples e rapidas que o Codigo Civil autoriza ou para manter na posse provisoria aquelle que tem a detenção da cousa, no caso de varias pessoas se dizerem possuidoras, não sendo manifesto que elle a obteve de algum dos outros por meio vicioso, como no caso do art.º 500: ou para reintegrar na posse aquelle que tiver sido esbulhado de seu bem e que a requeira, antes mesmo de ser ouvido o esbulhador: como no caso do art.º 506.

Azevedo Marques "A Acção Possessoria", contesta a existencia do summarissimo em nosso Direito, não podendo ter applicação á caso algum o nosso Codigo.

Acham-se, porem, casos de summarissimo em nosso Direito e a elles se applicam os arts. 500 e 506.

Quanto ao primeiro, é possivel que varias pessoas se digam possuidoras da mesma cousa e isto resulte até da propria justificação preliminar das testemunhas. Nesse caso, o juiz manterá provisoriamente aquelle que *tiver a detenção da cousa*; e, nem isto fica em contradicção com o disposto no art.º 507, porque, ali mesmo se determina que, na falta de titulo, não sendo a mais antiga, a melhor posse será a *posse actual* e, portanto, a *de quem detiver a cousa*.

Os dous artigos, longe de brigar, se harmonizam perfeitamente.

E, e sa decisão do juiz é, alem de provisoria, summarissima, porque, pode ceder, no julgamento final, á melhores provas e porque, é proferida logo no inicio da acção, de um modo simples e breve.

Quanto ao segundo, deverá o juiz, logo que o esbulhado o requeira e justifique seu allegado, ordenar se lhe passe mandado de reintegração, antes mesmo de ser ouvido o autor do esbulho.

E, esse processo é igualmente provisório e summarissimo, porque, pode ceder, em um julgamento final, á melhores pro-

vas e, porque é proferido, logo no inicio da cousa, de um modo simples e breve.

Tito Fulgencio tambem affirma, na sua "Da Posse e das Acções Possessorias", n.º 32, que "ha entre nós possessorias desse rito : a manutenção provisoria e o provisorio da restituição".

142 Por ultimo, a disposiçãõ do § unico deste artigo é destinada a declarar que fica suspensa a prescripção do prazo de anno e dia, enquanto o possuidor, vigilante pelo seu direito, procura por todos os meios legais restabelecer a situação em que se achava antes de soffrer a offensa em sua posse ou a tirada da cousa do seu poder.

A prescripção da acção de força velha é de 30 annos.

143 Agora PERGUNTA-SE :

A' quem competem as acções possessorias?

a) Ao proprietario das cousas ou dos direitos, para quem a posse é um corollario do dominio ou propriedade; ou, ainda, ao possuidor em nome proprio: á todos os quaes o Codigo chama — *possuidores indirectos*.

b) Ao que, por acto entre vivos ou de ultima vontade, (contracto, prescripção, testamento) adquiriu direito real na cousa alheia, como na emphytense, na servidão, no usufructo, no uso, na habitação, na renda consignada no immovel, no penhor, na antichrese: á todos os quaes o Codigo chama — *possuidores directos*. Não se fala da hypotheca, porque nella o bem não sae da posse do devedor hypothecante.

c) Ao que, por força de uma disposiçãõ de lei ou por ajuste com o proprietario, recebe a cousa e a conserva em seu poder para um certo fim e por algum tempo, como o locatario, o mandatario, o commodatario, o transportador, o administrador judicial, o testamentario e o inventariante, os directores de uma sociedade, o marido, administrador dos bens do casal, o pae, administrador dos bens dos filhos, o tutor, o curador, o depositario : a todos os quaes o Codigo chama tambem *possuidores directos* e cuja posse não annulla a daquelles de quem

elles a houveram, os *possuidores indirectos* : art.º 486 do Código Civil.

De sorte que, quem estiver em qualquer desses casos é possuidor e pode fazer valer em juizo os remedios possessorios, si não for sufficiente para sua defesa o desforço incoartante.

Ao contrario, não é possuidor pelo nosso Código, e, não pode, portanto, com razão jurídica repellir pela força o ataque á sua posse ou recorrer aos meios judiciaes:

a) Aquelle que, achando-se em relação de dependencia para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento ás ordens e instrucções suas, como o simples portador, o caixeiro, o empregado que conservou os objectos do patrão sob sua guarda ou vigilancia, o operario, á quem o dono da obra ou da officina entregou material e instrumentos para realização do serviço, art.º 487.

b) Aquelle que recebeu a coisa ou a vantagem, por mera permissão ou tolerancia do dono dellas, e somente até que este consinta nisso; art.º 497.

c) Aquelle que adquiriu a posse por actos violentos ou clandestinos, emquanto não cessar a violencia ou a clandestinidade, e não se consumir a nova situação pela inacção durante o anno e dia de que fala o art.º 508.

144 Sendo transferida á terceiro a posse indirecta ou a posse directa, como quando o proprietario cede a outrem o dominio ou o locatario subloca o uso da coisa, terão o novo possuidor indirecto ou o sublocatario os mesmos direitos dos seus antecessores?

O Código Allemão o declara, como consequencia do disposto no art.º 868; e nós não temos razão para recusal-o, como tambem consequencia do art.º 486.

Eguamente o Código Allemão dispõe que, sendo praticada qualquer violencia contra o possuidor directo, poderá o indirecto utilizar-se dos remedios contra o autor da violencia.

No caso de esbulho o possuidor indirecto tem mesmo o direito de exigir que a posse seja restituída ao possuidor di-

recto e, si este não quizer ou não puder voltar á essa posse, pede aquelle requerer que a cousa lhe seja restituída a elle mesmo.

O nosso Codigo não disse isto; mas, como esta conclusão está contida nas premissas, devemos accetá-la porque é do systema que adoptamos, de accordo com o citado Codigo Alemão, art.º 869.

145 Quaes serão os requisitos da posse para a propositura das acções possessórias?

Entre nós, conforme ensina o *Lafayette*, Dir. das Cousas, § 4.º o direito de invocar os interdictos era um effeito que resultava da posse desde que ella se constituia pelo simples reunião dos seus dous elementos substanciaes, independente das qualidades de justa ou injusta, de boa ou de má fé. Toda ella dava direito aos interdictos.

Mas, o Codigo, segundo nota o *A. Rezende*, "Da Posse", n.º 176, fez uma innovação no assumpto, estabelecendo (arts. 507 e 508) distincção entre posse de mais ou de menos de anno e dia e alterando, assim, de modo infeliz, diz elle, o velho direito.

Para valer-se dos interdictos, preciso se faz que o individuo esteja na posse desde mais de anno e dia.

Si a posse tem menos desse prazo nenhum possuidor será mantido ou reintegrado serão contra os que não tiverem melhor posse.

De sorte que o primeiro requisito que o autor deve provar é o *tempo de sua posse*. Si esta tiver menos de anno e dia, tem elle de provar mais, que ella se funda em justo titulo ou, sendo eguaes os titulos, que ella é a mais antiga ou que, sendo da mesma data, a d'elle é a actual, se baseia na detenção.

E a posse, para ser protegida, precisa ainda, segundo elle pensa dos requisitos da continuidade, da pacificidade, da ininterruptão, da publicidade e da inequivocidade, bastando, porém, a nosso ver, conforme disposições dos arts. 559 e 668 do nosso Codigo sobre o usucapião, que a posse seja *sem interrup-*

ção e sem opposição, porque esses dous comprehendem todos os outros requisitos de que cogita *A Rezende*, alem do de tempo.

146 Que cousas poderão ser objecto das acções possessórias

Já demonstramos que, alem de não ter feito o nosso Código exclusão das cousas incorporeas, nem da essencia da posse é que ella somente se manifeste por actos physicos, pois á posse é hoje considerada mais poder moral, legal, do que material, nem necessario se faz que taes actos inciãam somente em objectos materiaes, pois a posse é poder de agir e este tanto pode recair sobre cousas, como sobre pessoas, como sobre estados, situações, vantagens creadas pela lei.

Vale a pena lembrar ainda aqui em favor de nossa opinião a disposição do "Codigo de Processo da Bahia", concebida nestes termos: art.º 433 : — "as disposições deste Codigo sobre as acções possessórias comprehendem, não somente a posse de quaesquer direitos reaes, *como tambem a dos direitos pessoases*", e, o que ainda é mais importante, a doutrina expandida em a nota 141. á respeito do assumpto, pelo annotador desse Codigo, o professor *Eduardo Espino'a*.

— "Não obstante os termos geraes da Ord. L. 3, tit. 78, § 5.º — si alguem se temer de outro que o queira offender na pessoa ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas — a jurisprudencia de nossos tribunaes tem geralmente restringido á posse das cousas e á quasi posse dos direitos reaes o emprego dos interdictos. . .

Já em 1898, um voto vencido de *Americo Lobo*, no Sup. Trib. Fed. dizia: nenhuma lei revogou esta disposição, que faz parte necessaria do Dec. 848 de 1890 porque, si ella co-existe no fôro commum com os termos de segurança creados no art.º 12 § 3.º do Cod. Proc. Crim. torna-se indispensavel no fôro federal, onde não ha policia. Uma ou duas decisões proferidas pelo S. Trib., em causas em que não cabia a ap-

plicação da cit. Ord., porque se traduzia o pedido na tentativa de crimes políticos, qualificados no Cod. Pen., não constituem jurisprudência. Ainda quando houvesse milhares de precedentes, dar carta de cidade á jurisprudencia opposta á lei, importaria na destruição da Constituição porque o Poder Judiciario assim se arrogaria o poder legislativo, pela mais monstruosa das accumulações. Ao passo que a Ord. L 4.º, tit. 95. p. (hoje amplificada pelo art.º 94 do Dec. n.º 181 de 1890) dá á viuva, cabeça do casal, a posse dos respectivos bens, sem distincção alguma e posse recuperanda por acção de esculho, o alvará de 9 de Novembro de 1754 faz transferir aos herdeiros legitimos ou escriptos, ainda sem nenhuma distincção de bens corporeos ou incorporeos e independentemente do facto da apprehensão a posse do defuncto, testado ou intestado.

A Ord. do L 3.º, tit. 11, § 4 consagra um interdito mantenedor da posse de estado. Não ha direito mais personalissimo que o decorrente do poder marital ou paternal; ninguem reconhece no marido ou no pae a menor somma de propriedade sobre a pessoa da mulher ou do filho familia, de um ou outro sexo; todavia ninguem recusa ao titular desses poderes um interdito para exhibição ou recuperação da pessoa da mulher ou do filho, transviados de seu domicilio sem justa causa, espontaneamente ou por effeito de raptio ou seducção. A posse de nacionalidade estrangeira é manutenuivel contra a exigencia de deveres civicos impostos á brasileiros; vice-versa a posse da nacionalidade brasileira de origem manutenuivel contra qualquer tentativa de extradicação requerida por um governo estrangeiro. A posse dos direitos de cidadão brasileiro ou de direitos politicos, tal qual é denominada no art.º 26, n.º 1. da Constituição e nos arts. 99, 1 e 32, 2 da Lei n.º 35 de 26 de janeiro de 1892 pode ser objecto de interdito possessorio, por ex. em relação ao titulo de eleitor, constitua ou não a sua illegitima detenção o crime do art.º 172 do Cod. Pen. A unica conclusão que se pode tirar de nossas leis é que se deve

rejeitar qualquer das proposições absolutas : todos os direitos pessoais são ou não são manutíveis. . .

Accrescenta *Espinola* que o Trib. da Bahia por vezes tem concedido protecção possessoria aos direitos pessoais.

E termina com estas palavras :

“Creio que a disposição do Código Bahiano poderá perfeitamente subsistir deante dos proprios termos do Código Civil. E’ bem verdade que este contempla a posse na parte em que regula os direitos reais e considera possuidor apenas aquelle que tem o exercicio de algum dos poderes do dominio ou propriedade. Nada impede, porem, que a legislação processual dos Estado estenda á protecção dos direitos pessoais os interdictos que defendem a posse dos direitos reais”.

147 Como se prova a posse?

Entre nós não ha disposição especial sobre a prova da posse.

Devem-lhe ser applicadas todas as especies de prova dos actos juridicos, de que trata o art.º 136. do Código :

- I. Confissão.
- II. Actos processados em juizo.
- III. Documentos publicos ou particulares.
- IV. Testemunhas.
- V. Presumpção.
- VI. Exames e vistorias.
- VII. Arbitramento.

Quanto á prova testemunhal, não nos devemos esquecer de que ella só faz plena fé, quando depõem sem contestação e de sciencia propria duas testemunhas dignas de consideração. *P. Baptista*, Theoria e Pratica, tit. 58; *Ribas*, Cons-Proc. Civ., art.º 41; Código de Processo Civil e Com. do Estado, art.º 325.

E, quanto ao *onus* da prova, ainda se segue nos “*Interdictos*” a regra geral, assevera o *Ribas*, “Da Posse e das Ac-

ções Possessorias", pag. 185: — "o autor é quem deve provar sua posse; e não provando-a, será o réu absolvido". —

148 Em conclusão, qual o fôro competente para a propositura das acções?

Parece que deve ser o fôro da situação da coisa, porque se trata de uma acção real, conforme o Direito Romano, o Direito Portuguez, o Direito Estrangeiro, e o Direito Brasileiro. *Ribas* pensa que o fôro *rei sitæ* é o competente para as acções possessórias summarias; não assim para as ordinarias. O Código de Processo do Estado, art.º 53, determina que: — "a acção, em regra, deve ser proposta no fôro domiciliario do réu, salvo as acções reaes. E, no art.º 59, acrescenta que, nas acções reaes é competente o fôro da situação da coisa sobre que versar a demanda, qualquer que seja o tempo da posse do réu.

Todavia (art.º 60) — "a competencia especial não exclue o direito que tem o autor de preferir o fôro domiciliario do réu".

Para completar este trabalho á elle juntamos as disposições do "Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado", publicadas pela Lei n.º 1763, de 16 de Junho de 1925, á respeito das acções possessórias, de sua marcha, de seus incidentes e de seus recursos.

Código do Processo Civil e Commercial do Estado.

CAPITULO V

Das acções especiaes

SECÇÃO I

Das acções possessorias

SUB-SECÇÃO I

Disposições communs

Art.º 537. A posse, conforme os casos adiante especificados, pode ser protegida :

- 1) pelo interdito prohibitorio ;
- 2) pela acção de esbulho.

Art.º 538. Não será permittida a acção possessoria depois de instituido o juizo petitorio em relação á cousa, salvo a que, perante o mesmo juizo, fôr proposta pelo réo contra actos turbativos ou espoliativos do autor reivindicante.

Art.º 529. Do mesmo modo, não será permittida a acção de dominio na pendencia da acção possessoria, e tendo ella de ser promovida pelo réo, ficará ainda na dependencia da execução da sentença contra si proferida na acção possessoria, salvo o caso de a mesma execução não ter andamento por culpa do autor.

Art.º 540. Nos litígios sobre posse de menos de anno e dia, havendo duvida sobre qual seja a melhor, quando reclamada por ambos os litigantes, o juiz poderá determinar o sequestro da posse, até que se apure a quem de facto pertence.

Art.º 541. Cumpre ao juiz assegurar provisoriamente o respeito ao mandado que expedir em garantia da posse, determinando as providencias precisas para que tudo volte ao estado anterior á transgressão.

§ 1.º A transgressão do mandado será levada por petição circumstanciada ao conhecimento do juiz, que sobre ella providenciará de plano, ante as provas produzidas.

§ 2.º Os actos ou diligencias que, neste caso, forem precisos, serão processados nos proprios autos da acção possessoria e com suspensão desta.

Art.º 542. A allegação de dominio ou de outro direito sobre a cousa, por parte do réo, não obsta a garantia da posse, não devendo, porém, na decisão final ser julgada a posse em favor de quem evidentemente não tem o dominio.

Art.º 543. Si, ante as provas produzidas, reconhecer o juiz que o réo é o verdadeiro possuidor da cousa, e é quem está a soffrer violencia em sua posse, conceder-lhe-á, no mesmo processo e pela mesma sentença, a devida protecção legal, decretando as providencias necessarias para o restabelecimento e segurança de sua posse, e condemnando o autor nas pronunciações de direito.

Art.º 544. Toda vez que numa acção possessoria houver condemnação de perdas e damnos, a liquidação far-se-á na execução da respectiva sentença.

§ unico. Quanto á pena comminada, porém, caso tenha de tornar-se effectiva, constituirá objecto de acção distincta, que obedecerá a fôrma summaria.

Art.º 545. As acções de manutenção e de esbulho somente terão o processo especial previsto nas sub-secções III e IV deste capitulo, quando intentadas dentro de anno e dia do esbulho ou do ultimo acto turbativo praticado.

SUB-SECÇÃO

Do interdito prohibitorio

Art.º 546. Compete esta acção ao possuidor que tiver justo receio de ser molestado em sua posse.

Art.º 547. São requisitos do interdito prohibitorio;

- 1) a posse do autor;
- b) o receio fundado da turbação ou esbulho imminente;
- 3) a injustiça do acto que constitue a ameaça.

Art.º 548. Na petição inicial, o autor, expondo a sua intenção e apoiando-a nas provas que tiver, requererá ao juiz que o segure da violencia imminente, expedindo mandado prohibitorio para que o réo se abstenha de qualquer acto de turbação ou esbulho, sob certa pena que lhe será desde logo comminada para o caso de transgressão, além das perdas e danos que se liquidarem, e de restituir o autor ao estado de sua posse anterior.

Art.º 549. Parecendo ao juiz que o pedido está em condições de ser desde logo attendido, deferil-o-á, ordenando a expedição do mandado prohibitorio; no caso contrario, mandará que o autor prove o receio allegado, com citação do réo, proferindo em seguida o seu despacho de concessão ou denegação do mandado.

Art.º 550. Em casos urgentes, poderá ser expedido o mandado prohibitorio com dispensa da prova previa obrigando-se, porem, o autor a produzi-la dentro de tres dias da expedição do mandado sob pena de ficar o mesmo sem effeito.

§ unico. Produzida a prova, o juiz decidirá sobre a subsistencia ou insubsistencia do mandado expedido.

Art.º 551. No mandado prohibitorio deverá ser sempre inserta a clausula de embargos á primeira, e quando não o fôr, comprehende-se subentendida.

Art.º 553. Notificado o réo do mandado prohibitorio e citado para os termos da acção, será a citação accusada na pri-

meira audiência do juízo, assignando-se ao réu o prazo de cinco dias para embargos.

§ unico. No caso do art.º 550, a acensação da citação será na audiência seguinte á decisão do juiz sobre a subsistencia do mandado.

Art.º 553. Não offerendo o réu embargos no prazo assignado, julgar-se-á por sentença a comminação, podendo o juiz reduzir a pena pedida, si lhe parecer excessiva.

Art.º 554. Apresentados os embargos, resolver-se-á o preceito em simples citação, subsistindo em todo caso os efeitos do mandado, até que se profira a sentença definitiva.

Art.º 555. A' apresentação dos embargos seguir-se-á uma dilação probatoria de vinte dias, depois da qual, arazoarão as partes, no prazo de cinco dias cada uma, subindo em seguida os autos á conclusão do juiz para o julgamento definitivo.

Art.º 556. Passando em julgado a sentença que declarou procedente o mandado prohibitorio, si o réu o transgredir, assistirá ao autor o direito de, por execução da sentença, promover a garantia de sua posse, restituindo-a ao estado anterior á transgressão.

SUB-SECÇÃO III

Da acção de manutenção

Art.º 557. Compete a acção de manutenção ao possuidor para garantir-se contra actos de violencia que lhe perturbam a posse, e haver ao mesmo tempo os prejuizos delles decorrentes.

Art.º 558. São requisitos desta acção:

- 1) a posse do autor;
- 2) a perturbação da posse por acto ou actos de violencia;
- 3) a continuagão da posse, embora perturbada.

Art.º 559. Na petição inicial, o autor, indicando a sua

posse fará a narração dos actos turbativos praticados, com designação do tempo em que se deram, e concluirá pedindo a expedição de mandado afim de ser desde logo mantenido na mesma posse, sendo por fim o réo condemnado a desistir definitivamente da turbação e a pagar as perdas e damnos a que tiver dado causa, com a comminação de uma pena determinada para o caso de nova turbação.

§ unico. Pode o autor pedir tambem que seja embargada alguma obra que, em prejuizo de sua posse, esteja o réo fazendo.

Art.º 560. O juiz não poderá ordenar a expedição do mandado de manutenção, sem se certificar previamente da posse do autor, hem como de ser ella a melhor, nos termos da lei civil, em se tratando de posse de menos de anno e dia.

§ 1.º Para isso, não sendo bastante a prova documental com que fôr instruida a petição inicial, ordenará que se justifique a posse allegada, com citação do réo.

§ 2.º Em casos urgentes, procederá de conformidade com o art.º 550 e seu paragrapho, observando o disposto no § unico do art.º 552.

Art.º 561. Expedido o mandado de manutenção, os officiaes de justiça, em cumprimento do mesmo, lavrarão o competente auto, descrevendo minuciosamente os vestigios que por ventura encontrarem dos actos turbativos praticados, e em seguida, notificado o réo da manutenção procedida, o citarão para os termos da acção.

§ unico. Havendo obra a embargar, o auto consignará o embargo, com descripção minuciosa do estado da mesma.

Art.º 562. Citado o réo, será a citação accusada na primeira audiencia do juizo e assignado o prazo de cinco dias para embargos, seguindo-se, quanto ao mais, o disposto no art.º 555, sejam ou não apresentados embargos.

§ unico. Não sendo offerecidos embargos, será permittido ao autor renunciar a dilação probatoria.

Art.º 563. A circumstancia de haver cessado a violen-

e.a, não prejudicará a acção de manutenção, subsistindo o re-
ceio de novos actos turbativos.

Art.º 564. A acção de manutenção procede:

- 1) contra quem praticou a turbação;
- 2) contra a pessoa que a tenha ordenado;
- 3) contra aquelle que a approvou ou ratificou, quando feita em seu nome ou em seu proveito.

SUB-SECÇÃO IV

Da acção de esbulho

Art.º 565. Compete a acção de esbulho ao possuidor pa-
ra recuperar a posse perdida, e tem por objecto a restituição
da coisa com os seus rendimentos e a indemnização das per-
das e damnos decorrentes do esbulho.

Art.º 566. São requisitos desta acção:

- 1) a posse do autor;
- 2) o acto de violencia do réo;
- 3) a cessação da posse do autor pela violencia praticada.

Art.º 567. Na petição inicial, o autor, indicando a sua
posse, fará a narração do acto espoliativo, com designação
da sua data e concluirá pedindo que seja o réo condemnado
á restituição da coisa com os seus rendimentos, e á indemni-
zação das perdas e damnos.

Art.º 568. Proceida a citação do réo, será esta accusa-
da na audiencia seguinte, observando-se, quanto ao mais, o
mesmo processo da acção de manutenção previsto na sub-sec-
ção anterior.

Art.º 569. O possuidor esbulhado poderá pedir a reinte-
gração previa da sua posse, provando com documentos ou me-
diante justificação processada independentemente de intimação
do esbulhador, não só o facto do esbulho como a sua qualidade
de possuidor.

§ 1.º O pedido de reintegração, neste caso, deverá ser

camulado ao da petição inicial da acção, embora resolvido preliminarmente.

§ 2.º O autor do esbulho não será ouvido sobre a reintegração, sinão depois da execução do respectivo mandado.

§ 3.º Effectuada a reintegração da posse, será della intimado o réo que desde logo será citado para os termos da acção, que deverá ser proposta na primeira audiência do juiz, sob pena de absolvição da instancia e do restabelecimento do estado anterior da posse.

Art.º 570. A acção de esbulho poderá ser intentada:

- 1) contra o autor do esbulho, ou contra aquelle que o tiver ordenado;
- 2) contra terceiro que houver recebido a coisa esbulhada sabendo que o era.

SECÇÃO II

Da acção de immissão de posse

Art.º 571. Compete a acção de immissão de posse:

- 1) ao adquirente de bens, para haver do proprio alienante ou de terceiro a respectiva posse;
- 2) aos administradores e demais representantes legaes das pessoas juridicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes á pessoa representada;
- 3) aos mandatarios, em geral, para receberem daquelles cujos mandatos se extinguirem a posse dos bens do mandante.

Art.º 572. Na petição inicial, que deverá ser instruida, conforme a hypothese, com o titulo de aquisição dos bens, ou com os documentos comprobatorios de extincção do antigo mandato ou representação e da constituição do novo, o autor exporá a sua intenção requerendo a citação do réo para, no prazo de cinco dias que lhe será assignado em audiencia, en-

tregar os bens ou offerecer os embargos que tiver, sob pena de expedir-se mandado de inmissão de posse, e de ser condemnado nas perdas e damnos que se liquidarem.

Art.º 573. Não comparecendo o réo, ou não offerecendo embargos no prazo assignado, serão os autos conclusos ao juiz para o julgamento final, concedendo, porem, antes, uma dilação probatoria de dez dias, si por ella houver protestado o autor.

Art.º 575. Os embargos só podem consistir:

- 1) em nullidade do processo;
- 2) em nullidade do titulo produzido em juizo;
- 3) em algum facto de que, por lei, decorra o direito de retenção.

SECÇÃO III

Da nunciação de obra nova

Art.º 576. Compete esta secção ao proprietario ou possuidor de predio rustico ou urbano contra quem, edificando em seu proprio terreno, lhe prejudique o predio, suas servidões, ou fins a que é destinado.

§ unico. Reputam-se prejudiciaes, para os fins da nunciação, as obras exeantadas contra as determinações da lei civil, posturas municipaes e regulamentos de hygiene.

Art.º 577. São requisitos da nunciação de obra nova:

- 1) que a obra esteja sendo construida em solo pertencente ao seu autor;
- 2) que seja effectivamente nova e não simples reprodução ou reconstrucção de obra antiga cujos estrietos limites não exceda;
- 3) que ainda não esteja terminada;
- 4) que acarrete de facto um prejuizo, nos termos do artigo antecedente, quer esse prejuizo já se tenha verificado, quer venha a resultar da direcção ou modo de execução da obra nova.

Art.º 578. Na petição inicial o autor, deduzindo os fun-

damentos do pedido, com as provas que tiver, requererá que se expeça mandado, afim de que, embargada, não continue a obra, sob determinada pena que será desde logo comminada ao réo para o caso de transgressão, sendo por fim o mesmo condemnado a demolir ou ver demolir á sua custa o que houver feito em detrimento dos direitos do autor, além das perdas e damnos a que tiver dado causa.

Art.º 579. O juiz deverá certificar-se previamente dos factos enunciados na petição inicial, e quando não fôr sufficiente a prova exhibida, ordenará que se justifique o allegado, com citação do réo.

§ unico. Em casos urgentes, porém, procederá de accôrdo com o art.º 550 e seu paragrapho, observado o disposto no § unico do art.º 552.

Art.º 580. Expedido o mandado, os officiaes de justiça, em cumprimento do mesmo, embargarão a obra no estado em que se achar, com intimação do constructor e dos operarios, si presentes, para que não a continuem, sob pena de desobediencia, e em seguida lavrarão o competente auto, no qual farão constar o embargo e o estado da obra, com a indicação de todas as particularidades precisas para o seu conhecimento exacto, assignando-o e fazendo-o assignar por duas testemunhas presenciases.

§ 1.º Pode o nunc ante ou o nunciado fazer photographar a obra, certificando os officiaes essa circumstancia, com designação do nome do photographo.

§ 2.º Com fundamento em inexactidão ou insufficiencia, da descripção feita pelos officiaes incumbidos da diligencia, poderá qualquer das partes requerer que se proceda, desde logo e sem prejuizo do andamento da causa, vistoria na obra, devendo o seu processo correr em apartado e ser appenso aos autos do embargo, quando findo.

Art.º 581. Effectuado o embargo, os officiaes de justiça darão d'elle sciencia ao nunciado, citando-o ao mesmo tempo para, na primeira do juizo, assistir a propositura da acção e a assignação de prazo para a sua defesa.

Art.º 582. Na audiência para que fôr citado o réo, accusada a citação, ser-lhe-á assignado o prazo de cinco dias para embargos.

§ 1.º Findo esse prazo, com ou sem embargos será a causa posta em prova com a dilação de vinte dias, depois da qual, arrazoando o autor e o réo no prazo de cinco dias cada um, subirão os autos á conclusão do juiz para o julgamento final.

§ 2.º Não tendo o réo offerecido embargos, será permitido ao autor renunciar a dilação probatoria.

Art.º 583. Em qualquer estado da causa, mesmo em segunda instancia, poderá o nunciado requerer a continuação da obra, mediante caução *de opere demoliendo*, demonstrando o prejuizo soffrido ou que virá a soffrer com a sua suspensão.

§ 1.º Este incidente correrá em auto apartado, que será appenso aos autos da acção, depois de definitivamente julgado.

§ 2.º Para a prova do prejuizo allegado, quando se fizer preciso, ou quando este não fôr evidente do proprio estado da obra descripto no auto do embargo, o nunciado promoverá, á sua custa, vistoria ou outro qualquer meio de prova, sendo, porém as respectivas despesas levadas á conta de custas contra o nunciante, si fôr vencido.

§ 3.º Independentemente de prova de prejuizos, poderá tambem o nunciado pedir a continuação da obra, mediante caução de *opera demoliendo*, si, passados tres mezes do embargo, a causa ainda não tiver sido julgada em primeira instancia, por motivo que lhe não seja imputavel.

§ 4.º Requerido o levantamento do embargo e produzida a prova a que se refere o 2.º, o juiz concederá ao nunciante o prazo de vinte a quatro horas para dizer sobre o pedido, devendo ser apresentadas em cartorio as respectivas allegações.

§ 5.º Reconhecendo o juiz a procedencia do pedido, ordenará que, prestada a caução, se levante o embargo feito.

Art.º 584. Se antes de levantado o embargo o nunciado

proseguir na obra, o nunciante, por petição circumstanciada, levará o facto ao conhecimento do juiz, para que ordene a demolição de tudo quanto houver sido innovado na obra, repondo-a no seu primitivo estado.

§ 1.º O juiz, ao ser-lhe apresentada a petição, mandal-a-á juntar aos autos, e intimado o nunciado, ordenará, com suspensão immediata do curso da causa, as diligencias que lhe forem requeridas ou que entender necessarias para certificar-se da innovação arguida, decretando a demolição do que accrescer.

§ 2.º A defesa que tiver o nunciado será deduzida por petição, dentro de vinte e quatro horas da sua intimação, e, quando consistente em materia relevante e que por sua vez dependa de prova, o juiz ordenará que todas as provas do incidente sejam produzidas dentro de prazo razoavel, nunca excedente de dez dias, depois do que proferirá a sua decisão.

§ 3.º Constituirá materia relevante de defesa o facto de ter tido lugar a innovação antes de intimado o nunciado do embargo procedido.

§ 4.º Da pena pecuniaria e das perdas e danos em que haja incorrido o nunciado, conhecerá o juiz por occasião da sentença final da causa.

§ 5.º Resolvido o incidente, proseguirá a causa os seus termos.

Art.º 585. O abandono ou paralysação do feito em cartorio ou em poder do embargante, por mais de noventa dias, implicará *ipso facto* a extincção da acção e o consequente levantamento do embargo.

Art.º 586. Sendo diversos os donos da obra embargada, poderão ser citados todos ou qualquer delles, correndo a acção e a execução contra o citado, a quem ficará reservado o direito de haver **dos demais** condminos a parte que lhes tocar nas custas, despesas de demolição e nas perdas e danos em que fôr condemnado.

Art.º 587. O embargo de obra nova poderá ser requerido por qualquer dos co-proprietarios ou possuidores do pre-

dio prejudicado, não lhe sendo, porém, permittido levantar na execução, sinão a quota parte que lhe couber na indemnização das perdas e danos.

Art.º 588. Igualmente poderá ser promovido o embargo:

1) por um dos condôminos contra outro, para impedir alguma obra que esteja sendo feita sem o seu consentimento e com alteração da coisa commum.

2) pelo possuidor indirecto contra o directo, para impedir qualquer construcção ou obra prejudicial á propriedade, ou feita contra expressa disposição contractual;

3) pelo Estado ou Municipio, para impedir a construcção de obra que contravenha disposições regulamentares de hygiene e de posturas municipaes.

CAPITULO XIV

Dos embargos de terceiro

Art.º 931. Quem não fôr parte na causa e soffrer prejuizo ou turbação em sua posse ou direito sobre a coisa, por effeito de penhora, deposito, arresto, sequestro, venda judicial, arreeadação, inventario ou outro acto de apprehensão judicial, poderá defendel-os por via de embargos de terceiro.

Art.º 932. Estes embargos são admissiveis em qualquer estado da causa, antes da sentença final, ou na execução, até seis dias depois da arrematação ou adjudicação, correndo o seu processo nos proprios autos da causa e com suspensão desta, si se referirem a todos os bens, ou em separado e sem suspensão, si somente um ou a alguns delles.

Art.º 933. Os embargos de terceiro serão iniciados por um requerimento em que a parte, declarando desde logo o titulo ou a qualidade em que pretende intervir, pedirá vista dos autos para deduzil-os.

Art.º 934. Deferindo a petição, o juiz concederá a vista em cartorio, por espaço de quarenta e oito horas. e, oppostos os embargos, designará um novo prazo de tres dias improroga-

veis para a produção da prova testemunhal que nelles fôr requerida.

Art.º 935. Em seguida, subirão os autos á conclusão do juiz, que receberá ou rejeitará *in limine* os embargos oppostos.

§ unico. Verificar-se-á a rejeição *in limine*, quando inaceitáveis os embargos, ou quando não tiverem sido provados quanto baste para o seu recebimento.

Art.º 936. Recebidos os embargos nos proprios autos ou em auto apartado, conforme a hypothese (art.º 932 *in fine*), será concedido ao embargado o prazo de cinco dias para contestal-os, seguindo o incidente, quanto aos seus termos ultteriores, o curso da acção summaria.

§ unico. Dado o recebimento dos embargos em apartado, o escriptão desentranhará dos autos, independentemente de traslado, todas as peças referentes ao incidente, autoando-as com a certidão do acto praticado ou determinado em relação á cousa embargada, e em seguida abrirá vista para a contestação dos embargos.

Art.º 937. Si a parte contra quem forem oppostos os embargos de terceiro os confessar, cessará a discussão destes, expedindo-se mandado de levantamento da diligencia effectuada, ou qualquer outro que se faça preciso para que cessem os effectos do acto embargado.

Art.º 938. Sempre que o juiz receber os embargos, sendo estes de senhor e possuidor ou somente de possuidor, decretará a manutenção do embargante na posse da cousa, ficando, entretanto, a expedição do respectivo mandado, e o seu cumprimento suspensos, até que o mesmo preste fiança idonea de restituil-a com os seus rendimentos, caso sejam afinal julgados improcedentes os embargos.

Art.º 939. Verificada a occorrença de motivo legal (art.º 931), o processo dos artigos precedentes será observado:

1) nos embargos do credor hypothecario ou pignoratício, para obstar a venda da cousa dada em garantia, fóra dos casos em que o permittir a lei;

2) nos embargos do credor antichretico. para assegurar o seu direito de retenção;

3) nos embargos do usufructuario ou usuario, para assegurar o direito sobre a coisa dada em usufructo ou uso;

4) nos embargos do locatario, para ser mantida a locação, quando o adquirente a deva respeitar;

5) nos embargos do possuidor de bemeitorias, para assegurar o seu direito de retenção até ser indemnizado;

6) nos embargos da mulher casada, para a defesa do seu dote, dos bens paraphernaes ou incommunicaveis, e mesmo dos communicaveis, quando excluida da communhão a responsabilidade da divida de que se tratar.

Art.º 940. O juiz deprecado procederá, em relação a embargos de terceiro, de conformidade com o disposto no art.º 1269, § 2.º.

RECURSOS

Appellação

Art.º 1443. Cabe appellação de todas as sentenças definitivas ou interlocutorias com força de definitivas, proferidas em primeira instancia, desde que por disposição expressa de lei não seja outro o recurso admissivel.

Art.º 1450. A appellação poderá ser recebida no effeito suspensivo e devolutivo ou no devolutivo somente.

Art.º 1451. Será recebida em ambos os effeitos a appellação das sentenças proferidas nas acções ordinarias e nos embargos do exeutado *ou de terceiro, quando julgados provados.*

§ 1.º Nas demais causas, a appellação será sempre recebida no effeito devolutivo somente, salvo quando o contrario for determinado expressamente nesteCodigo, *ou nas acções em geral, quando a sentença fór proferida contra o autor.*

§ 2.º A appellação *ex officio* será sempre suspensiva.

AGGRAVOS

Cabe agravo:

13) do despacho do *recebimento ou denegação de apelação*;

16) dos despachos:

a) que conceder ou denegar vista para embargos do executado, *ao terceiro embargante* ou ao réu, nas acções em que por esse meio se exercitar a sua defesa;

b) que *receber ou rejeitar in limine os embargos oppositos*;

29) da decisão que *conceder ou denegar mandado prohibitorio, de manutenção, ou de restituição previa da posse*;

30) da decisão:

a) que *conceder ou denegar o embargo de obra nova*;

b) que *permitir ou não a continuação de obra embargada mediante caução de opere demolindo*;

c) que *ordenar ou não a demolição do que, com infracção do mandado, fôr innovado na obra*;

d) que, finalmente, decretar extinta a acção e *ordenar o levantamento do embargo*;

66) da decisão interlocutoria que, contrariando disposição expressa de lei, contiver damno de natureza irreparavel, considerando-se tal o que, por occasião do julgamento do feito, em qualquer instancia, não puder em absoluto ser reparado ou somente puder sel-o com grande e inevitavel prejuizo.

§ 1.º Nos casos de arresto, sequestro, detenção pessoal, deposito de menor, busca e apprehensão, *interdicto prohibitorio, manutenção, e embargo de obra nova*, a interposição do agravo não suspenderá a execução do mandado.

§ 2.º Na *reintegração previa da posse*, o agravo só poderá ser interposto depois de executado o respectivo mandado.

Art.º 1472. Denegado o agravo ou negado o seu seguimento, poderá a parte interpor carta testemunhal, de accordo com o disposto no Capitulo V.