

RUDOLF VON IHERING

*Professor Catedrático de Direito Romano
na Faculdade de Direito de Berlim no século XIX*

**FUNDAMENTO
DOS
INTERDITOS POSSESSÓRIOS**

INCLUINDO

SOBRE O CORPUS POSSESSIONIS
RUDOLF VON IHERING

EXAME CRÍTICO DA TEORIA POSSESSÓRIA DE IHERING
TEORIA OBJETIVA E TEORIA SUBJETIVA
JOSEPH DUQUESNE

Tradução
Adherbal de Carvalho

edipro

FUNDAMENTO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

RUDOLF VON IHERING

1ª Edição 2007

Supervisão editorial: *Jair Lot Vieira*

Produção editorial: *Alexandre Rudyard Benevides ME*

Revisão técnica: *Valéria Maria Sant'Anna*

Tradução: *Adherbal de Carvalho*

Nº de Catálogo: 1265

**Dados de Catalogação na Fonte (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Ihering, Rudolf von

Fundamento dos interditos possessórios / Rudolf von Ihering ; tradução de Adherbal de Carvalho. – Bauru, SP : EDIPRO, 2007 (Clássicos Edipro).

Título original : *Interdictos Possessorios*

ISBN 978-85-7283-590-9

1. Interdito (Direito Civil) 2. Posse (Direito) I. Título

99-4453

CDU-347.251.037

Índices para catálogo sistemático:

1. Interditos possessórios : Direito Civil : 347.251.037

The logo for Edipro consists of the word "edipro" in a lowercase, sans-serif font. The letter "i" is stylized with a square dot. The letter "p" is also stylized with a square dot. The "o" is a simple circle. The letters "e", "d", and "r" are standard lowercase letters.

edições profissionais ltda.

São Paulo: Fone (11) 3107-4788 – Fax (11) 3107-0061

Bauru: Fone (14) 3234-1104 – Fax (14) 3234-4122

edipro@edipro.com.br

CAPÍTULO X

AINDA A IDÉIA

DA PROPRIEDADE

NA TEORIA DO DIREITO

DE POSSE MATERIAL

2. A QUESTÃO DA AQUISIÇÃO E DA PERDA DA POSSE - CRÍTICA DA TEORIA DE SAVIGNY

Se é exata a nossa tese de que a posse é a exterioridade da propriedade, ela deve ser confirmada antes de tudo pela teoria do nascimento e da continuação da posse. Podemos antecipadamente formular a regra que deve reger esta matéria:

O modo pelo qual o proprietário exerce de fato sua propriedade deve ser o critério da existência da posse.

Julgo poder provar que esta regra é perfeitamente justa em direito romano, e que ela tão somente nos evita as contradições e as dificuldades que se apresentam na teoria de Savigny sobre as condições da origem e perda da posse, contradições e dificuldades que se discutiram até hoje mui francamente, porque não se achava modo de salvá-las.

Nenhuma parte da teoria possessória de Savigny foi tão geral e tão evidentemente aceita, por isso julgo necessário antes de expor a minha própria teoria, motivar a opinião que acabo de emitir sobre a de Savigny, e mostrar que ela acarreta contradições inexplicáveis, tanto com relação às decisões dos juristas, como em relação a si mesma.

O erro fundamental de Savigny consiste, a meu ver, na identificação da noção da posse com a do poder físico sobre a coisa, sem notar que esta última não passa de uma verdade relativa e limitada, pelo que chega a constrangê-la, de tal sorte, que perde afinal toda a verdade e fica reduzida a ser a negação de si mesma.

Vejam, primeiramente, se este ponto de vista pode ser sustentado ante o exame da teoria da *aquisição* e da *perda* da posse.

Savigny (págs. 210, 211 e 236) faz consistir a noção de *apreensão* da possibilidade física de agir imediatamente sobre a coisa e de evitar toda ação estranha. Como condição essencial para esta possibilidade exige, tanto para os imóveis (pág. 212) como para as coisas móveis (pág. 216), a presença imediata sobre a coisa: “a presença material é a que acarreta a faculdade de dispor livremente das coisas (pág. 214); é preciso que a possibilidade de dispor livremente das coisas apresente-se como real e imediata ao espírito de quem queira adquirir a posse” (pág. 238). Savigny tem a suposição, em alguns textos que não mencionam esta condição de presença (págs. 220 e 225), de julgá-la uma coisa natural: os escravos, aos quais, segundo a L. 1, *Código de Donat.* (8,54) se entregou a posse e a propriedade, pela simples entrega dos títulos de propriedade, estavam presentes ao ato. O comprador da L. 1, § 21, *de possessione* (41,2) e L. 9, § 6, de A. R. D. (41,1), estava presente no comércio cujas chaves lhe foram entregues.

Agora perguntamos, conseguiu Savigny, como ele crê (pág. 236), demonstrar a exatidão dessa noção da apreensão pela interpretação dos textos? Nego-o peremptoriamente. A possibilidade da aquisição da posse mediante a *custódia* (págs. 226 e segs.) é irreconciliável com a necessidade da presença pessoal daquele que apreende, e não se pode compreender como Savigny julga conseguir evitar semelhante contradição dizendo (pág. 227): “que não há nada de que seja mais dono do que de sua morada e que por isso mesmo tem-se a *custódia* de tudo o que ali se acha”. Com efeito, esse poder somente não é

suficiente, segundo o próprio Savigny; é preciso, além disso, a possibilidade de uma ação *imediate* sobre a coisa, e esta possibilidade não existe para ele no lugar onde aquele que apreende está *presente* com relação a coisa.

Se é bastante ser o dono da coisa, eu o sou menos, quando o vendedor de um armazém leva-me a chave em casa, como quando aquele que me entrega as mercadorias deposita o pacote aberto na porta de minha casa, em minha ausência, e sem que ninguém dos meus o tenha introduzido nem tenha visto a coisa (*quamquam id nemo dum attigerit*, L. 18, § 2º de *possessione*) ou quando conduz-se o rebanho ao meu estábulo aberto, a lenha ao meu pátio, e o adubo ao meu jardim. Eu sinto-me mais dono no primeiro desses casos. Ninguém, com efeito, abrirá tão facilmente, como eu, a porta de ferro do armazém, ao passo que o ingresso ao meu pátio, ao meu jardim ou ao meu estábulo é livre, e quando penso no perigo possível de uma subtração da posse em cada um desses casos, para medir por ela a *consciência de meu poder físico*, julgo-me mais seguro com a chave do armazém do que nos casos de *custódia*.

A L. 54, de A. R. D. (41-1), concede-me a posse e a propriedade da caça que se apanhar em meus laços, sem se importar com o lugar em que estes foram armados, isto é, sem examinar se os laços foram armados em meu próprio terreno em pleno campo.¹⁹³ O jurisconsulto não exige uma apreensão corporal imediata da caça: admite, pois, que a posse do caçador pode começar mesmo em sua ausência; é o que resulta, de modo mais claro, dos termos empregados: *aprum meum... qui eo facto meus esse desisset*.

Eis, aqui, pois, um caso indubitável da aquisição da posse, sem que o adquirente esteja junto da coisa. É portanto impossível que a possibilidade de uma ação física imediata seja uma condição absoluta da apreensão.¹⁹⁴

193. Savigny (pág. 223, nota) esquivava-se de expressar sua opinião sobre esta passagem, porque dizendo que a razão desta decisão acha-se nas palavras: *uti si in meam potestatem pervenit meus factus est*, não faz mais do que traduzir as palavras do jurisconsulto: *summam tamen hanc esse puto*.

194. Ihering vê claramente nisto, como em muitos casos, o caráter imaterial da relação jurídica, e por isto acerta de um modo exato com o *quid* de dificuldade em matéria tão interessante como o desenvolvimento da relação jurídica de posse. — Como finalmente o direito apóia-se na intenção, a apreensão jurídica se verifica sem necessidade de atos exteriores materiais por parte do sujeito. (N. T.)

Mas ainda que exista essa possibilidade junto ao conhecimento e a vontade, nem sempre é bastante. Eu quisera ver como se podem pôr de acordo com a teoria sobre apreensão de Savigny as seguintes decisões. Segundo a Lei 5, § 3º, A. R. D. (41-9), qualquer um pode possuir *sine furto* os favos de mel que um enxame de abelhas, que não me pertence, formou em uma árvore minha, isto é, que eu não adquiri a posse desses favos nem das abelhas, segundo o § 2º. Compreende-se perfeitamente quanto a estas, porém quanto aos favos de mel formados em minha árvore, em meu jardim, parece que deveriam pertencer-me como os pássaros que se deixam pegar pelos laços que eu armei no bosque. Há aí a possibilidade de uma ação imediata, o conhecimento e a vontade. Por que, pois, não há posse?

A segunda decisão diz respeito à aquisição do tesouro, isto é, de uma coisa oculta em um tempo ou num lugar qualquer (Savigny, pág. 229). – As opiniões dos juriconsultos romanos sobre as condições da aquisição da posse eram nesse caso discordes; alguns juriconsultos antigos concediam a posse ao possuidor do terreno em que se escondia o tesouro, desde o momento em que tinha conhecimento dele, ao passo que a maioria, cuja opinião foi aprovada por Justiniano, não admitia a posse senão *si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuisset* ou *si loco motus sit*. [L. 3, § 3º, L. 44, pr. de possessione (41-2); L. 15 ad exh. (10-4)].

Quando esta lei, que contém a última versão, acrescenta como motivo: *quia non sit sub custodia nostra*, é evidente, na verdade, que o proprietário do solo não pode agir imediatamente sobre o tesouro nem dispor dele enquanto não for desenterrado. Mas eu pergunto: há nisto diferença quando se trata da coisa depositada em minha casa na minha ausência ou da caça presa em meus laços? Se tudo depende da segurança do poder físico sobre a coisa, eu creio que esta segurança subsiste neste caso, tanto quanto na *custódia* doméstica.

Savigny (pág. 230) acha, em verdade, que essa é uma custódia especial, que não é possível senão nesta hipótese, e numa adição à 6ª edição faz nascer, em contradição com as decisões gerais dos juriconsultos romanos, a posse do tesouro escondido na própria casa, desde o momento que se tem conhecimento dele.

Sem entrar agora no exame das considerações sobre as quais repousa positivamente a decisão dos juriconsultos romanos, não posso

deixar de perguntar por que esse muro elevado infranqueável não me poderá dar, com relação ao tesouro que haja em meu jardim, a mesma *consciência de um poder físico* como a que me concede o depósito de uma coisa depositada durante minha ausência em meu pátio ou no meu corredor aberto?¹⁹⁵

Se passarmos em revista as relações que acabamos de citar, veremos que Savigny não conseguiu de modo algum pô-las em harmonia com sua noção da apreensão, e crê-se, não obstante, havê-lo conseguido, crença essa seguida por toda nossa jurisprudência romanista moderna; provém isso em parte de que ele mesmo repele sua própria noção de apreensão, onde quer que o estorve, e em parte de que não examina de maneira alguma as relações que eu assinaiei. Uma de duas: ou Savigny tem razão quando assenta a noção da apreensão sobre a “possibilidade de agir *imediatamente* sobre a coisa” – e então compreendo perfeitamente porque as chaves do armazém não procuram a posse do armazém e porque a posse do terreno não procura a do tesouro; mas eu não compreendo:

- 1º) como Savigny pode me conceder a posse do tesouro oculto no muro de minha casa, porque eu não posso agir imediatamente sobre esse tesouro enquanto não tenha perfurado o muro;
- 2º) como posso eu adquirir a posse em minha *ausência*, estando quiçá a muitas léguas, por meio do depósito feito em minha residência;
- 3º) ou mediante os laços armados para a caça no bosque;
- 4º) nem compreendo, outrossim, porque não adquiero a posse dos favos de mel formados em minha árvore.

Ou, pelo contrário, não é preciso a possibilidade da ação pessoal imediata, isto é, instantânea, e basta um poder seguro obtido de um modo qualquer sobre a coisa. Então eu compreendo os casos 1º, 2º e

195. Falando da perda de posse (págs. 311 e 312), Savigny assemelha com relação à *custodia causa* da L. 44, p. *de possessione*, e para a manutenção da posse, o fato de conservar uma coisa em sua residência, e o de enterrá-la em seu campo; “as medidas especiais tomadas para a conservação desta coisa (custódia) dão-lhe a certeza de poder achá-la mais tarde”, e acrescenta a nota: “tal é o sentido geral da palavra *custódia* e a diferença entre a aquisição e a conservação da posse não é aqui senão uma questão de mais ou menos”. Eis aí a *custodia* aplicada ao jardim.

3º, mas não compreendo porque razão não hei de ter também a posse do tesouro que se acha em meu terreno, e porque a tradição das chaves não me há de dar posse do armazém ou da casa. O 4º caso fica, a meu ver, tanto numa como noutra hipótese, como um enigma.

Por aí se vê que a teoria de Savigny sobre a apreensão leva a contradições palpáveis: ora a presença é necessária ou não o é; quer a segurança do poder físico baste, quer não, – as deduções de Savigny moldam-se nas próprias decisões concretas que trata de interpretar, porém esquece nelas, quando chega à segunda, o que disse na primeira. Pode-se refutar Savigny com o próprio Savigny. Suponhamos, por exemplo, que eu quero demonstrar que, segundo Savigny a tradição das chaves deveria procurar a posse do armazém; bastar-me-ia recorrer à sua afirmação sobre a *custódia* (pág. 227), da qual resulta que a certeza do poder sobre a coisa é a que me dá a posse.

Se, pelo contrário, eu quero demonstrar que a *custódia* não pode dar posse alguma, aceitaria a sua afirmação com relação ao tesouro (pág. 237), segundo a qual o proprietário não tem a sua posse, “porque aqui também é muito possível que o outro ache esse tesouro, o que não estaria realmente um só instante em poder do proprietário do solo”. O receio de que outrem me preceda na apreensão física da coisa é maior para o tesouro oculto na terra e às vistas de todos que para o pacote de livros depositado no vestíbulo de minha casa! A resposta não pode ser duvidosa procedendo-se criteriosamente e sem prejuízos.

Na realidade, o próprio Savigny parece achar esse perigo pouco sério, porque em sua teoria da perda da posse (pág. 341), a ocultação do tesouro aparecia como *custódia*, isto é, como medida especial tomada para a sua conservação e que dá ao possuidor a certeza de poder achá-la mais tarde.

Se passarmos agora à perda da posse, a fórmula enunciada por Savigny não é, a meu ver, mais exata do que a que ele enuncia para a aquisição. A posse, segundo ele, mantém-se quando subsiste a possibilidade de reproduzir, quando se quer o estado originário, há pois, perda da posse desde que esta possibilidade converta-se em *impossibilidade* (pág. 139).

Examinemos esta idéia mais de perto. A nossa teoria aceitou-a de olhos fechados e sem apresentar objeções: o que eu não posso explicar senão porque, não achando-se em estado de substituí-la por outra

melhor, evitou cuidadosamente destruí-la. Por minha parte, não conheço em toda a jurisprudência nenhuma teoria que resista como ela a toda aplicação séria.

A impossibilidade de reproduzir a vontade, o estado originário deverá pois, decidir se a posse perdeu-se. *Reproduzir a vontade* quer isto por acaso dizer: sem que haja obstáculo algum? Poderia acreditar-se dada a frase *a vontade* (pág. 339), porque se devo, antes de tudo vencer os obstáculos que a resistência acarreta, o resultado não depende somente de minha *vontade*, mas e ao mesmo tempo da relação em que estão minhas forças com os obstáculos que a elas se opõem.

Savigny não se decidiu nesta questão, e portanto, não podemos investigar o alcance que dá à sua noção senão nos exemplos em que faz aplicação da mesma. Foi-me tirada a coisa por meio de roubo ou banditismo, perdi-lhe por isso a posse? Sim: “aqui a cessação da faculdade de dispor dela é perfeitamente evidente” (pág. 340). Seria preciso, para ser racional, dizer outro tanto “do caso em que durante a nossa ausência o nosso imóvel acha-se ocupado por uma pessoa que até nos impede violentamente de tornar a entrar, porque a possibilidade física de agir sobre a coisa impede-nos de um modo positivo desde então, como no primeiro caso, mas essa regra tem uma exceção notável” (pág. 348).

Não quero indagar se todos esses casos são de uma natureza tal, que o possuidor possa sem grande trabalho recobrar a coisa – circunstância não obstante à qual Celsus dá uma importância decisiva na L. 18, § 3 h. t.

Non disisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simulatque sciero.

E que o próprio Savigny não pôde desconhecer inteiramente, posto que tenha o cuidado de excluí-la do caso de ocupação de que se trata, supondo que a outra pessoa está disposta “a impedir-nos a entrada.” (Quem nos pode dizer se pode ou se quer, ainda mesmo que possa?). Mas admitamos que todo o obstáculo que se nos ofereça seja suficiente para fazer cessar nossa posse, é preciso, contudo, que ele seja racional.

A ponte que nos conduz ao nosso terreno é destruída, o acesso ao mesmo é inteiramente impossível; ou, nosso terreno é inundado, continua a posse? Sim, responde Savigny; “é claro”, diz ele, “que um obstá-

culo *passageiro* como esse, não impede a posse” (pág. 340, nota 3). O que eu não posso compreender é esse *claro* que aí se escreve.¹⁹⁶

Com efeito, se o caráter transitório do impedimento que aqui surge de improviso como uma condição essencial deve exercer uma influência tão decisiva, é que um impedimento transitório não faz cessar, ao menos temporariamente, a possibilidade de reproduzir à vontade o estado originário de coisas? Ora, se a posse interrompe-se, ainda mesmo que fosse temporariamente, fica interrompida a continuidade e a posse ulterior já não é a posse antiga, mas uma nova posse. Refiro-me aqui ao próprio Savigny. “O *animus* por si só faz perder a posse desde o instante em que o possuidor tem a *vontade de renunciar a ela*; porque desde esse instante, em conseqüência da mesma resolução, a reprodução da primeira vontade a que se opõe torna-se impossível.”

“A partir de então, se mais tarde o antigo possuidor quisesse tornar a possuir, precisaria de uma nova apreensão, porque a posse anterior teria deixado de existir” (pág. 355). Não é esta ainda a ocasião de submeter semelhante opinião de Savigny a um exame crítico detalhado: bastar-me-á servir dela para esclarecer a decisão anteriormente indicada. Eu pergunto: o possuidor que muda de vontade provoca um obstáculo mais duradouro que o sucesso natural que destruiu a ponte? Uma nova mudança de vontade é bastante para superar o obstáculo, quando a reconstrução da ponte pode durar muito tempo, e até, quem sabe, se o possuidor ou outra pessoa a quem pertence a ponte nunca a destruirá?

Admitamos, porém, que assim seja: esse obstáculo passageiro não deve fazer cessar a posse; mas como decidir se ele é passageiro ou não? Há de se atender ao momento atual ou é preciso esperar o resultado? E no primeiro caso, torno a perguntar, é-me mais fácil construir uma ponte do que ir buscar as madeiras que um vizinho transportou furtivamente para o seu terreno, ou os pombos que trancou em seu pombal? No segundo caso não será preciso que eu recupere

196. Savigny não presta atenção alguma à L. 30, § 3º de *possessione* (41-2), *item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus*; nem à L. 3, § 17. *Desinere ne possidere eum locum, quem flumen aut mare occupavent* (não se diz aqui *sim* passageiramente ou para sempre; mas por outra parte, quem pode saber isso antecipadamente?). Estes dois fragmentos contradizem a doutrina de Savigny.

esses objetos por minha própria autoridade, porque o vizinho estará, sem dúvida, disposto, desde o instante em que eu saiba o fato, a devolver-me as coisas para evitar uma denúncia em juízo. E mesmo no caso contrário, não posso decidir-me no primeiro momento pensando no efeito de uma denúncia: o obstáculo que o meu adversário opõe à minha posse é passageiro por natureza ou é preciso que eu espere o resultado? E a mesma coisa devo decidir num caso como no outro. Se ao cabo de alguns dias obtenho a restituição das coisas que me foram tiradas por meio de roubo ou pilhagem, eu não deveria nesse caso perder jamais a posse; se não faço reconstruir a ponte deveria, ao inverso, perdê-la retroativamente.

Se o lugar onde se acha a nossa coisa torna-se-nos *inteiramente inacessível*, há perda da posse: assim se expressa Savigny (pág. 340). Para isso ele invoca a L. 13, pr. *de possessione* (41-2), onde o jurisconsulto, falando das *lapides in Tiberim demersi naufragio et post tempus extracte*, expressa sua opinião nos seguintes termos: *dominium me retinere puto, possessionem non puto*. Quando eu motivar minha opinião (XIII), terei ocasião de pôr em seu verdadeiro lugar a importância, completamente descurada por Savigny, das palavras *post tempus*. Mas, pondo isso de lado, será por acaso que o leito do Tibre fosse *completamente inacessível*? A melhor prova de que não o era é que as pedras foram extraídas *post tempus*. É verdade que para isso eram necessários trabalhos artísticos! Mas não sê-los-ão necessários também para restabelecer a ponte que caiu na água? Quando escondeu-se a sua coisa em sua própria casa, de tal modo que não se possa achá-la, a posse continua como se sabe. Savigny trata de justificar esta proposição dizendo que “as medidas especiais tomadas para a conservação da coisa dão-lhe a certeza de poder encontrá-la *mais tarde*” (pág. 341). Mas eu pergunto novamente: que me importa a certeza de achá-la *mais tarde* para a possibilidade de reproduzir *em seguida* o estado anterior?

A posse dura na ausência da pessoa, ainda que seja sobre os terrenos afastados, sobre os prados de verão ou de inverno dos quais não se goza senão periodicamente e que estão afastados até por muitas léguas do lugar onde reside o possuidor. Savigny mesmo concede que “este afastamento ainda mesmo quando torna menos imediata a faculdade de dispor da coisa, não priva, contudo, desta faculdade em absoluto.” (pág. 348). Porém, se esta faculdade menos imediata,

retardada por várias jornadas de viagem, é bastante por que não sê-lo-á também para o animal doméstico que se perdeu (pág. 342), ou para a carteira que perdi no bosque num lugar que ignoro? (pág. 340). Custa-me menos trabalho mandar meus criados a procura do animal ou de minha carteira, que fazer uma viagem a um terreno longínquo.

Se o possuidor perde a razão, nem por isso, desaparece sua posse [L. 27, h. t.; L. 4, § 3º; L. 31, § 4º, *de usurp.* (41-3)]; já indicamos acima a razão prática que gerou esta regra. Poder-se-ia julgar que Savigny designasse semelhante regra como uma regra singular, inconciliável com a sua fórmula; por que como se pode falar, com relação a um louco, da possibilidade de reproduzir a seu bel prazer, a vontade originária de possuir? Porém, a fórmula conserva aqui uma docilidade e uma flexibilidade notáveis. “A impossibilidade de querer possuir não é aqui senão puramente *subjctiva e accidental*, é assim que o possuidor que esquece por algum tempo sua posse ou que acaba de perder a razão, não terá, com relação à coisa possuída, diferença alguma essencial.”

Eis aí um segundo elemento importante para determinar negativamente a noção da impossibilidade. Não levam em conta nem uma impossibilidade *passageira*, nem uma impossibilidade *subjctiva e accidental*. Mas a impossibilidade que tem seu fundamento no *ânimo*, não deve necessariamente ser *subjctiva*? E além disso, o que dizer do caráter *accidental*! A morte é menos *accidental* que a perda da razão? Ali desaparece a posse, aqui ela mantém-se; mas falta a vontade nos dois casos. E onde está escrito que os sucessos fortuitos não têm o poder de fazer cessar a posse? Não é um sucesso fortuito quando eu perco a coisa, quando o pássaro solta-se de minha gaiola aberta? Com a mesma razão com que Savigny julga poder argüir com o caso o que o possuidor esquece sua posse para com aquele que perde a razão, poder-se-ia argumentar com o fato de que a posse não se perca quando a coisa não foi às mãos do possuidor após muito tempo, para no caso em que perdeu-a completamente.

Estes exemplos bastam para se ver quão pouco procurou Savigny demonstrar a opinião que ele mesmo sustenta. Tudo são restrições, incertezas e contradições, evoluções dialéticas contínuas; somente a casuística e a dialética do momento é o que no caso particular decide sobre as coisas essenciais, que não estiveram presentes quando se

tratou de motivar e fixar as próprias noções; enfim, trata-se de um modo de argumentar que se presta a qualquer combinação, que demonstra sempre o que é necessário, e que esquece logo o que acaba de dizer momentos antes.

Que Savigny não pode tornar os juristas romanos responsáveis por sua fórmula, prova-se sem esforço. Se Savigny tem razão, é a lei da *vis inertiae* a que rege a posse, isto é, que a posse persiste sempre desde que há possibilidade de reproduzir o estado originário, ainda quando esta possibilidade não se traduza jamais em fatos. A coisa que eu deixei no bosque, o terreno distante que não cultivo nem visito, estão sempre em minha posse, ainda mesmo que as coisas passem cinquenta anos em tal estado. Poder-se-ia crer que semelhante resultado que repugna completamente ao aspecto natural da posse, intimidaria aos mantenedores do ponto de vista de que falamos, abrindo-lhes os olhos sobre os textos que dizem abertamente o contrário (XIII). Eles, contudo, têm uma fé inquebrantável na verdade de seu axioma e não só passaram com os olhos fechados por esses textos, como extremaram até o fanatismo a consequência desta lei da *vis inertiae*.

Quando por um exercício repetido do direito de passagem sobre um terreno vizinho, adquiriu-se a quase posse de um direito, e não se a exerce durante dez, vinte e trinta anos, o que acontece com a quase posse? Continua placidamente, porque ninguém se opõe à possibilidade de reproduzir o estado originário, isto é, a repetição da passagem. É isso o que nos ensina Savigny quando nos remete, sobre este assunto (pág. 841), aos princípios que julga haver estabelecido para a posse das coisas, e que considera igualmente decisivos para a quase posse das servidões pessoais. “A continuação, diz ele, dessa espécie de posse depende também, como a continuação de qualquer outra, da possibilidade constante de reproduzir; a faculdade de dispor da coisa perde-se desde o momento em que esta possibilidade falta” (pág. 474). É verdade que se faz logo uma objeção. A própria servidão extingue-se por um não uso de dez anos: o que acontecerá, pois, com a quase posse quando a servidão se tenha extinguido? Nesse caso, diz Savigny: “a posse deve ter sido perdida durante o lapso de tempo intermédio, ainda mesmo quando a faculdade de dispor pudesse se reproduzir sempre.”

Raro aspecto toma aí a relação possessória durante todo esse tempo. Se o quase possuidor lembra-se da servidão e a exerce no

último dia do décimo ano, terá tido a posse durante toda uma série de anos; se, ao contrário, esquece-se não ter-la-á retroativamente. A posse, cuja natureza de simples fato é acentuada em outro lugar por Savigny, até o ponto de que, por exemplo, não fá-la começar para a posse adquirida pelo *negotiorum gestor*, mas a partir da ratificação porque “o fato retroativo que se pode aplicar aos atos jurídicos propriamente ditos, não se poderá imaginar em matéria de posse” (pág. 316); a posse, repito, adquire aqui efeito retroativo; durante o simples não uso fica suspensa, e somente a renovação do uso, a aspiração de todo o lapso de tempo requerido para a prescrição é o que se provará se a posse subsistiu ou não durante o intervalo (pág. 475). Com muita razão Puchta,¹⁹⁷ que no mais sustenta a opinião de Savigny,¹⁹⁸ diz que é essa uma hipótese inteiramente gratuita, que não se justificaria se não houvesse entre a existência do direito e a posse uma conexão tão essencial, que esta não pudesse existir sem aquela; porém pode-se ser possuidor quando o direito se tenha extinguido.

Fundando-se nisto, ele faz continuar a posse ainda mesmo depois da extinção da servidão por não uso, e pergunta quais seriam os efeitos desta posse. Ao que respondo, nenhum! É claro, os dois efeitos da posse, a usucapião e os interditos supõem o exercício da servidão por parte do quase possuidor; a primeira, um exercício contínuo; a segunda, um exercício durante um certo tempo antes de intentar a ação. “Desta maneira, diz ele, prevalece a opinião de que a quase

197. Ver seu artigo sobre a posse em Weiske, *Rechtslexicon* II, pág. 72.

198. Ver pág. 71, *ibid.*: “A quase posse perde-se, pois, não pelo exercício, mas pela impossibilidade de se pôr a vontade no exercício do direito”. O autor da notável obra recentemente publicada (Randa, *a Posse segundo o direito austríaco, comparada com o direito comum*, etc., Leipzig, 1867, págs. 348 e seguintes), colocou-se resolutamente ao lado de Puchta sobre esse ponto, e somente se detém ante a consequência anotada. Para ele, basta um só ato durante os trinta anos da prescrição para que a posse não esteja perdida (pág. 350); este ato mesmo não é necessário se durante o tempo requerido para prescrever não se ofereceu ocasião de exercer a servidão (pág. 352). Bruns (*Besitz-Posse*, pág. 475) adere também a esta opinião. Acha tão falsa que a quase posse consista no exercício da servidão, como se o exercício da propriedade consistisse na posse das coisas. É somente para a aquisição da posse que os direitos positivos exigem o exercício. A posse, uma vez adquirida por meio do exercício, dura tanto tempo quanto dura a vontade e a possibilidade do fato de produzir a vontade deste exercício. Os defensores desta opinião esquecem-se completamente de que a noção da *quasi* ou *jurispossessio* não era mais do que uma abstração dos jurisconsultos, quando o edito do Pretor, decisivo nesta matéria, empregava sempre a expressão *usus es nos interditos* quase possessórios.

posse não pode, em verdade começar, mas pode continuar sem o exercício efetivo; além disso, esta propriedade é desprovida de efeito prático, porque esses dois efeitos da posse não exigem somente sua existência *in abstracto* (!), mas um estado de exercício efetivo.” Realmente, jamais uma opinião condenou-se a si mesma com tanto engenho! Uma posse a que faltam os dois únicos efeitos que lhe dão uma importância jurídica, e que, não obstante, continua *in abstracto*! – *a faca de Lichtemberg sem gume... e sem cabo!* Por que razão e por quanto tempo mantém-se esta posse sem efeito? Por quê? Unicamente porque não pode cessar em virtude de uma fórmula teórica. Quanto tempo? Enquanto o possuidor viver, e se trata-se de uma pessoa jurídica, eternamente. Deixemos, pois, tranqüila na eternidade semelhante posse que não é deste mundo: talvez que no outro seja possível compreender uma posse que existe somente *in abstracto*, ainda mesmo para aqueles que sobre a terra não viram nela senão o produto de uma dialética doentia e que atinge o fim prático e os interesses do direito, e que lembra a escolástica da Idade Média. Todavia, esta invenção de Puchta é fecunda em úteis ensinamentos: tem, a meu ver, um valor incalculável, porque mostra o abismo para o qual se corre quando se quer achar a importância da posse na própria posse – *parte-se da idéia da posse estabelecida a priori, e chega-se à posse existente na idéia.*

Voltemos agora à posse das coisas e perguntamos: a continuação da posse sem detenção de espécie alguma, por exemplo, sobre a coisa que depus no bosque e esqueci-me depois (Savigny, pág. 354, diz “muito tempo esquecida”), é mais verdadeira do que a da quase posse sem o exercício?

Esta posse continua também subsistindo somente porque não se pode extinguir: *posse abstracta* que ninguém vê, que ninguém aproveita e que ninguém, nem mesmo o próprio possuidor, percebe. O que prolonga a duração é unicamente a suposta lei da *vis inertiae* de Savigny, segundo a qual uma posse continua até que se produza no estado da coisa uma mudança que converta em impossibilidade a possibilidade de reproduzir à vontade a relação originária. Mais adiante demonstraremos que esta lei é completamente desconhecida em direito romano.

É bem cômoda, todavia, esta teoria da *vis inertiae*: cômoda para o possuidor que pode tranqüilamente cruzar os braços, certo de ressus-

citar semelhante possuidor no dia do juízo final, a julgar-se que a vontade de possuir siga-o até a eternidade e não tenha sobrevivendo mudança alguma na posição exterior da coisa. É cômoda para o juiz, a quem oferece uma regra fixa, mediante a qual pode-se, sem quebrar a cabeça, estabelecer facilmente a existência atual da posse. A posse não cessou por um *actum in contrarium*: deve continuar imperturbavelmente; o possuidor deve provar que a posse nasceu; ao seu adversário caberá provar que ela desapareceu desta ou daquela maneira.

Desse modo desaparece para o juiz toda ocasião de examinar atentamente a relação possessória como deveria fazê-lo; pela minha teoria, esses dois pólos da posse compreendem em si mesmos a sua continuação e dispensam o juiz de examiná-la. Mas a comodidade de uma opinião não lhe dá o direito por si só para ter um valor prático e científico. De outro modo, a idéia dos jurisconsultos da Idade Média de tonar mais prática a noção incômoda e indeterminada do direito consuetudinário, indicando um certo número de casos e de anos como condições do direito consuetudinário, esta idéia, digo, deveria ser adotada pela ciência, porque a medida assim expendida do direito consuetudinário é infinitamente mais cômoda do que o seu exame interno. Mas nem sempre se pode fazer, especialmente em matéria de noções que não se apóiam sobre um só ato, mas sobre um estado duradouro, como o direito consuetudinário e a posse. Em ambos, trata-se da manifestação exterior; naquele, de uma regra de direito, neste, de um direito, e em ambos não se pode prescindir de agir sobre um *ponto de vista*, em vez de partir de uma regra formulada, a menos que não se queira estabelecer à custa da mesma idéia da instituição uma máquina extensa e mecânica. Eis o que vamos agora investigar e demonstrar.

CAPÍTULO XI

AINDA A IDÉIA

DA PROPRIEDADE

NA TEORIA DO DIREITO

DE POSSE MATERIAL

3. A POSSE É A EXTERIORIDADE DA PROPRIEDADE

Entendo por *exterioridade da propriedade* o estado normal externo da coisa, sob o qual cumpre-se o destino econômico de servir aos homens. Este estado toma, segundo a diversidade das coisas, um aspecto exterior diferente; para umas, confunde-se com a detenção ou posse física da coisa; para outras, não. Certas coisas têm-se ordinariamente sob a vigilância pessoal ou real, outras ficam sem proteção, nem vigilância.¹⁹⁹

O lavrador deixa sua colheita em pleno campo, o arquiteto deixa em suas obras os materiais destinados à construção; porém, ninguém

199. Encontra-se a mesma distinção nos *servi custodori soliti e non soliti* dos romanos. Veja-se para estes a L. 18 pr. comm. (13-6). L. 23 D. R. 3 (50,17).

trata assim seus objetos preciosos, seus móveis, etc., etc.; todos os fecham em sua casa. O mesmo estado, que para as primeiras coisas é *normal*, aparece para as segundas *anormal*, como um estado no qual a exterioridade da propriedade não se manifesta habitualmente com relação a essas coisas, de onde resulta, a ser exata nossa teoria, que a posse deve *continuar* para os primeiros e *cessar* para os segundos. Aquele que acha uma coisa da primeira categoria nesta condição, deve pensar que ela se acha ali pela vontade de seu dono, ao passo que deve pensar o contrário se achar em semelhante condição uma coisa da segunda categoria.

No primeiro caso toma-se a coisa para remetê-la ao possuidor, imiscui-se em uma *relação de vontade* estranha, *visível*; não assim no segundo caso onde, pelo contrário, presta serviços ao possuidor recebendo a coisa e enviando-a. Desta maneira, o caráter jurídico da relação em que esta coisa se acha com o seu proprietário, torna-se *visível* em ambos os casos. A posse assim como a não posse é visível, e precisamente esta *visibilidade* é de grande importância para a sua *segurança*. Com efeito, a segurança da posse não repousa somente no elemento *físico*, isto é, em medidas de segurança tomadas para protegê-la, como também no elemento *moral* ou *jurídico*, a saber, no receio de lesar os direitos de outrem, inspirado pelo senso jurídico ou pela lei.²⁰⁰ Se eu passo perto do laço armado por outrem no bosque sem me apoderar do pássaro nele preso, o motivo que me retém não

200. Apesar desta alusão direta a um elemento *moral* ou *jurídico*, não acreditamos que Ihering refira-se ao caráter verdadeiramente interno da relação. A limitação em que Ihering encontra uma garantia da posse repousa na idéia kantiana do direito, em virtude da qual este acha sua lei na coexistência das liberdades de todos, no respeito aos direitos de cada um. Há por acaso que se ver na posse alguma coisa mais que a exterioridade da propriedade? Como exterioridade da propriedade pode-se oferecer a contemplação social; mas no desenvolvimento prático da relação jurídica, desde que se apresenta a exigência racional, solicitando sua plena satisfação, determinando uma obrigação, até que se exponha a condição e se satisfaça a exigência, há uma série de momentos, dos quais um é a *posse*, que em certos casos pode não conduzir à propriedade. Isto, pondo de parte o que já dissemos com relação à necessidade de atender a posse, não como mera exterioridade, mas como condição essencial da vida jurídica por exigir sua proteção e amparo. Demais, a segurança de que Ihering fala, e que resulta, segundo ele, do receio de lesar os direitos alheios, é no fundo a consciência do respeito que merecem as condições essenciais do direito na vida da personalidade. Por hipótese, dado o ponto de vista do conceito do direito a que respondem estas considerações, haveria muito que dizer se pode conceituar-se como elemento jurídico o *receio inspirado*... pela lei, que é por onde Ihering concorda mais uma vez com Emmanuel Kant, o célebre jurista-filósofo de Königsberg. (N.T.)

é de natureza física, mas puramente moral: é o respeito à propriedade alheia. É verdade que o ladrão não se detém ante semelhante motivo; mas para ele nem os muros, nem as fechaduras, nem os ferrolhos oferecem uma segurança suficiente, pois como o prova a experiência, roubam-se muito mais as coisas que estão *in custodia* do que as que não estão.

Expus brevemente até aqui a parte essencial de minha opinião; vou tentar agora motivá-la e desenvolvê-la decompondo-a em teses; – forma essa que facilitará o exame da mesma pelo leitor.

1. *O direito romano admite a posse em vários casos em que não há nem vigilância pessoal sobre a coisa, nem medidas reais para sua segurança*

Esta afirmação não necessita de provas: todos aqueles que conhecem a teoria possessória lembrar-se-ão dos exemplos da posse dos terrenos distantes e dos *saltus hiberni et aestivi*; para as coisas móveis, citarei os escravos ausentes e a caça caída no laço do caçador (L. 55 de A. R. D. 41, 1). Se a posse da caça *adquire-se* mesmo na ausência do caçador (L. 55, de A. R. D. 41, 1), não se pode duvidar que a posse dos laços e armadilhas não *continue* também em sua ausência.

2. *Esta continuação da posse não pode ser explicada pelo poder físico*²⁰¹

Não se pode racionalmente falar de poder físico sobre a coisa senão quando se está perto dela, ou quando se a guarda de tal modo que é impossível tomá-la ao primeiro que chegue. Eu tenho um poder de fato sobre um terreno distante, quando estou *perto* ou *sobre* ele, porém desde que me alheio o poder cessa, e não posso impedir que outro o ocupe. É abusar gravemente das palavras, falar nesse caso de um poder físico porque, de que modo se manifesta esse poder? De modo algum! É um poder físico de que escarnecem as lebres que comem as ervas do campo, e as crianças que brincam

201. A posse há de se explicar sempre como a condição de que depende o cumprimento de um fim racional da vida, e em cada caso concreto referindo-se a posse ao sujeito da exigência, que a tem como aquele meio que lhe há de ser prestado para satisfazer uma exigência sua.

no meu trigal. Dá-se com esse poder o que se dá com a quase posse *in abstracto* de que falava Puchta, é um poder físico... sem realidade física; uma imagem projetada sobre a escuridão pela lanterna mágica da teoria!

3. *A possibilidade de reproduzir voluntariamente o estado originário não é bastante, nesses casos, para admitir-se um poder físico*

Em primeiro lugar não é exato dizer que esta possibilidade se encontre em todos os casos em que o direito romano deixe continuar a posse. Não se pense mais nas *devesas alpestres (saltus aestivi)* que o possuidor abandona no outono, e para as quais esta tentativa de renovação durante o inverno poderia, em certas circunstâncias, custar-lhe a vida. E além disso, que importa a possibilidade da reintegração *subseqüente* para se saber se eu tenho *presentemente* um poder físico sobre a coisa? Eu posso, quando o meu fogão esfria-se, reanimá-lo a cada instante, mas por isso eu não direi que ele está *quente* quando esteja frio. A possibilidade não é a realidade.

4. *Esta possibilidade (quando exista) não repousa no elemento físico, mas no elemento "jurídico e moral" da posse*

Na primeira parte desta proposição toco uma idéia que a meu ver, se bem que nunca tenha sido expressa cientificamente, ou quiçá para isso mesmo, serviu poderosamente para o erro que eu aqui combato. Ela tem uma certa aparência de verdade com relação aos objetos que o possuidor tinha sob sua guarda pessoal ou real (*custódia*), mas ainda para esses objetos a verdade deve ser concebida no meio termo. Com efeito, não é somente aos muros, às fechaduras e aos ferrolhos, às caixas e às bolsas que devo a segurança de minhas coisas móveis, pois que aos semelhantes obstáculos *exteriores* que eu oponho às ciladas alheias ajuntam-se também as barreiras *invisíveis* com que o direito garante a minha propriedade,²⁰² mas a ordem jurídica, o senso

202. E para quem encara o direito como relação de interesses de caráter ético, cujo cumprimento dependa da *livre vontade* dos não obrigados, são os que mais importam. A posse, como fato, pode achar nos interditos uma garantia e amparo para os momentos críticos de sua existência; mas somente na consciência pessoal, livre, de quantos se reconhecem obrigados, e vêm na posse deste ou de outro semelhante uma condição essencial de sua vida racional, encontra garantia e amparo permanentes, de todos os dias e horas.

jurídico espalhado no povo, o receio do ladrão a ser descoberto e castigado. Os poucos artigos do código penal alemão sobre o roubo, a pilhagem, a defesa privada, pesam mais do que todas essas medidas de segurança mecânica. Oponha-se alguém, momentaneamente, a esses artigos riscados... e verá que tais medidas, pouco ou nenhuma importância têm.

Nos casos citados, e em muito mais que adiante acharemos, a segurança da posse repousa *exclusivamente* nessas garantias morais e jurídicas. Somente à sua eficácia e não a outra qualquer circunstância deverá o possuidor de um terreno estar quase certo de que nenhum outro se aproveitará de sua ausência para se apropriar da posse.²⁰³ Essas garantias, e não sua relação física com a coisa, são as que lhe asseguram a possibilidade, de que fala Savigny, de reproduzir voluntariamente a relação originária; sem elas a sua confiança nessa possibilidade não seria muito fundada, pois seria uma possibilidade puramente abstrata; qualquer pessoa poderia dar-lhe fim. É um dos erros mais fecundos em conseqüências, e dos mais fatais que se têm cometido na teoria possessória, o haver-se fundado a segurança da posse e com ela a própria posse no ponto de vista da segurança mecânica do poder físico. A segurança da posse descansa essencialmente na *proteção jurídica* concedida à relação de direito do homem sobre a coisa.

5. *Os interesses práticos da vida social são os que decidem a que relação externa do homem com a coisa deve o legislador conceder semelhante proteção*

Segundo a opinião que eu combato, e para a qual o legislador em matéria de posse guia-se unicamente pela idéia de que o poder físico do homem sobre as coisas merece uma proteção jurídica, o próprio legislador e a jurisprudência não teriam tarefa mais essencial do que a de estabelecer com a maior precisão a noção do poder físico, e os casos em que se deve admiti-lo.

203. Se bem que Ihering assinale os motivos *reais* que no atual estado social dão segurança à vida ordinária normal da posse, é todavia muito discutível se todos os que ele indica como *jurídicos e morais* o sejam: por exemplo, o temor do ladrão ao Código Penal; dado que o direito tem por fim a intenção do bem (livremente querido), pode-se dizer que quem age sob o receio de uma pena, aquele que respeita o direito, não porque seja direito, mas por medo do castigo, age por motivos morais e jurídicos? Por que outro motivo age a fera ante o látigo do domador? (N.T.)

O direito romano, consoante isto, desconhecerá tal dever, admitida a posse em certos casos em que falta completamente esta condição.²⁰⁴

Se, pelo contrário, a intenção do legislador foi, como dissemos mais acima, completar a proteção da propriedade, não são as investigações lingüísticas sobre a palavra *posse* as que devem decidir em que caso deve-se conceder a proteção possessória, mas os interesses da propriedade, e toda a questão da relação da posse e da proteção possessória reduz-se, como já dissemos, ao seguinte: a proteção possessória não se concede aos casos onde há posse no sentido da palavra, pois não reconhecemos a posse, juridicamente falando, senão quando se pode conceder a proteção possessória, sem nos preocuparmos de saber se o uso lingüístico vulgar acha-se ou não de acordo conosco.

É, pois, o interesse da propriedade o que determina a proteção possessória e com ela a noção da posse; aonde os motivos práticos concedem a primeira, o jurisconsulto deve chamar posse o estado da coisa, ainda que (como, por exemplo, no caso do escravo fugido) este estado não tenha nada de posse no sentido natural da palavra.

6. *O interesse da propriedade opõe-se a que se limite a noção da posse à detenção física da coisa*²⁰⁵

O exercício da propriedade mediante o gozo efetivo da coisa não está ligado, para uma porção de coisas, à necessidade de uma segurança pessoal ou real; seu destino econômico ou seu caráter natural fazem com que se ache constantemente desprovido de toda a prote-

204. Além dos casos citados acima (tese 1^a), citarei o da aquisição da posse pelo pai sobre o pecúlio de seu filho, cuja existência é completamente ignorada: L. 4, *De possessione* (41-2)... *quamvis ignoret in sua potestate filium; Ampilus etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur.*

205. E opõe-se também o próprio conceito e natureza da relação jurídica, diremos nós concluindo o pensamento do ilustre Ihering. A posse implica que a condição de que o cumprimento desta relação depende, esteja dentro da esfera da *atração psicológica* da nossa finalidade racional, pouco importando-se: 1^o, que não está dentro da esfera de nossa ação física; e 2^o, que ignoramos até o nosso direito à condição, para que determine todo o ser livre que não ignore essas circunstâncias (que nós ignoramos), a obrigação de respeitar o estado possessório. Tudo isso porque o cumprimento do direito pende sempre mais do ser da obrigação do que do ser da gênese. (N.T.)

ção ou vigilância. O campônio não pode, para impedir a ingerência de um terceiro, cercar seus campos de muros, não pode fazer guardar por uma sentinela seus trigais, nem o gado que haja em seu pasto. O pastor suíço abandona na primavera o seu pasto alpestre; o hoteleiro, estabelecido nos cumes dos morros abandona a sua hospedaria de verão, e nenhum deles deixa alguém para guardar a casa e a mobília que nela se acha.²⁰⁶

Quantos ramos da indústria não há que exigem precisamente que os objetos necessários para o seu exercício fiquem a descoberto e sem vigilância! O caçador deixa sem vigilância no bosque suas armadilhas e laços, o lenhador a lenha que cortou, o pescador deixa a pesca em suas redes, o canteiro deixa a pedra nas pedreiras, o mineiro a hulha na mina, o arquiteto os materiais de construção na obra, o barqueiro carrega seu barco de farinha, de pedras e madeiras no lugar do embarque sem deixar então um vigilante. Quantos navios ficam vazios no porto, no inverno, enquanto os homens da sua tripulação vão para suas casas; quantos barcos estão amarrados à beira mar de modo que qualquer um possa desatá-los?²⁰⁷ Na maioria dos casos, a necessidade de uma *custódia* especial, com o fim de manter a posse, conduziria indubitavelmente a este resultado: que seria preferível renunciar completamente à proteção possessória, a procurá-la de um modo demasiado incômodo, custoso e até às vezes praticamente irrealizável. Por que razão o legislador negará proteção possessória a essas relações...? Unicamente por amor a essa idéia fixa de que a posse é a detenção corporal da coisa!

Mas semelhante idéia é absolutamente falsa; a noção possessória praticamente possível não pode ser senão a seguinte:

206. O *novo exemplo da atual* que Baron (*Annaes*, VII, pág. 144) julga ter encontrado nas casas de campo, que ele opõe à *salus æstivi et hiberni*, encontra-se já em Théófilo, IV, 15, § 5.

207. Esses casos por si bastam para demonstrar convenientemente o insustentável da opinião de Baron, que tratou nos seus *Annaes* (VII nº 2), de fundar a continuação da posse na *custódia*. Sua *custódia objetiva*, que no próprio terreno pode exercer o possuidor sobre todos os objetos que nele se acham, não lhe presta o serviço sequer de um espantalho, porque este espantará algumas vezes os pardais, ao passo que a *custódia* não afugenta ninguém. Ver em sentido contrário Ad. Exner, *Die Lehr von Rechtserwerb durch Tradition nach osterreichischen und gemeinem Recht* (A teoria da tradição segundo o direito austríaco e o direito comum). Viena, 1867, págs. 109 e seg.

7. A posse das coisas é a exterioridade da propriedade

Somente esta noção pode expressar como a posse e a propriedade unem-se mutuamente, conforme o quer o interesse do comércio. Assim concebida, a posse acompanha sempre a utilidade econômica da propriedade²⁰⁸ e o proprietário não tem que recear que o direito o abandone enquanto usar da coisa de um modo conforme o seu destino.

8. A forma exterior dessa relação de fato é diferente, segundo a diversidade das coisas

Uma teoria possessória que, como a dominante, não distinga bem a influência que exerce a diversidade das coisas sobre o aspecto exterior da relação possessória, e que enuncia para todos a mesma fórmula, é *a priori* errônea, e conduz a resultados completamente absurdos. Se eu conservo a posse do adubo ou da areia que transporte para os meus terrenos, e que eu ali deixei durante todo o inverno, devo, de acordo com esta teoria, conservar também a posse sobre os cofres ou caixas que abandono do mesmo modo em meu terreno – a reprodução da relação originária, isto é, o fato de trasladar-me para ele, não é mais difícil num caso do que noutro. Se, pelo contrário, eu perco a posse destas coisas porque não as tenho sob minha *custódia*, é preciso pelo mesmo motivo que eu perca também a posse dos primeiros.

O direito romano reconheceu em muitos casos a influência da diversidade do emprego econômico das coisas, como os *saltus æstivi et hiberni*,²⁰⁹ os escravos,²¹⁰ os animais,²¹¹ e de um modo geral com relação à diferença entre as coisas móveis e imóveis.²¹² O ponto de vista em que ele se coloca não é outro senão o nosso. A forma normal pela qual o proprietário exerce sua propriedade, com relação aos *saltus æstivi et hiberni*, consiste em que o mesmo não as usa senão

208. É como que um elemento essencial, para chegar-se a aplicação do meio ao fim (*utilidade*), tem-se que começar por *possuir* o meio e *usá-lo* logo. Daí os dois momentos de *posse* e *uso*, que levam à propriedade.

209. L. 3^o, § 11 (41, 2)... *quamvis certis temporibus eos relinquamus*.

210. L. 3^o, § 13, *ibid excepto nomine*, L. 13, p. *ibid*.

211. L. 3^o, §§ 13, 16, *ibid*.

212. L. 3^o, § 13, *cit.*, *res mobiles*.

periodicamente, abandonando-os também periodicamente: com relação aos escravos, em que os deixa ir e vir livremente (a menos que não tenha motivos de desconfiança), mandando-os em viagem e confiando-lhes o cuidado de seus negócios em países longínquos;²¹³ com relação aos animais domésticos e aos selvagens amansados, em que se os deixa entrar e sair com liberdade.²¹⁴ Para a maior parte das coisas móveis, pelo contrário, esta forma consiste em o proprietário tê-las em sua casa. A elas refere-se Celsus quando enuncia a seguinte regra na L. 3^o, § 13 cit.: *res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri*.

Esta regra não se aplica às coisas para as quais não se usa uma *custódia* nesse sentido. Assim o demonstra o exemplo da caça presa no laço. (L. 55, de A. R. D.). Se a posse começa sem *custódia*, com maior razão continua sobre a caça e sobre o próprio laço. E se a posse não se perde imediatamente com relação às coisas caídas n'água,²¹⁵ não se deve perdê-la, menos, quando materiais de construção acham-se no lugar onde eu quero construir, ainda que não estejam sob a minha imediata inspeção. Não existe, pois, para mim, dúvida alguma que se deve admitir em todos os casos citados a continuidade da posse ainda quando a coisa não seja objeto de vigilância alguma.

De conformidade com isso podemos afirmar que:

9. *A existência da posse é questão de pura experiência, é uma questão da vida ordinária*

A questão de saber se deve-se admitir uma posse, resolve-se simplesmente segundo o modo pelo qual o proprietário tem o costume de tratar as coisas da espécie a que aquela se refere. Dada essa teoria, todo cidadão ou todo o campônio pode resolver semelhante questão; com a de Savigny, nem o próprio juriconsulto pode resolvê-la, porque o ponto de vista em que se deve colocar para esse fim, o da possibilidade ou impossibilidade da reprodução à vontade do estado originário é, conforme vimos, tão indeterminado e tão elástico, que

213. L. 1^o, § 14, h. t. *quos in provincia habemus*.

214. L. 4^o, L. 5^o, § 5^o, de A. R. D. (41,1). L. 3^o, §§ 13, 16, cit.

215. L. 13, p. h., t. v. XIII.

mesmo o seu autor não foi capaz de estabelecê-lo com fixidez. Por ele pode-se demonstrar tudo o que se quer.

Com esta concepção da posse liga-se por conseqüência:

10. *A grande vantagem que apresenta para terceiros a faculdade de reconhecer a existência de uma relação possessória*

A própria coisa, pelo estado em que se acha, anuncia sua relação possessória. Se este estado é *norma* para ela, toda pessoa que a ache deve dizer que essa relação local não se apóia na simples casualidade, mas na intenção, e que a coisa cumpre neste estado precisamente o seu destino econômico,²¹⁶ que *serve* ao proprietário. Se é *anormal*, verá ela então de que modo a coisa fora *subtraída* ao serviço do proprietário, e que a relação de *propriedade* está *perturbada* de fato.

A madeira depositada junto do edifício avisa-nos que está em posse de alguém; a madeira que a correnteza arrasta anuncia-me uma posse perdida; as armadilhas e laços que encontro no bosque avisam-me que eles estão ali *pela vontade* do proprietário. Segundo a teoria de Savigny, o terceiro, na maioria dos casos, não estaria em estado de resolver a questão sobre se existe ou não a posse. Com efeito, como se pode saber ou não se o proprietário acha-se em estado “de reproduzir o estado originário”, se está perto ou longe, se saiu, fugido, se está doente ou morto? E não obstante, é para ele da máxima importância resolver esta questão porque:

11. *A “visibilidade” ou a “possibilidade concreta de reconhecer” a posse é de uma importância decisiva para a sua segurança*

Esta qualidade não tem influência alguma para o ladrão, mas para o homem honrado é decisiva.²¹⁷ O homem de bem, no caso que acabo de citar, deixará a casa sem tocar nela, mas tirará o relógio

216. Isto é, a coisa está dentro da esfera de *atração* da finalidade racional de um ser, posição que impõe a obrigação a todos de respeitá-lo.

217. E por quê? Eis aí o fundamento do respeito à posse e de sua proteção e amparo. Porque o homem honrado vê que a coisa é *de outro*, e que o direito obriga-o a prestar-lhe a *condição* de respeitar a posse para que cumpra seus *fins* racionais, condição essa que seria negada desde o momento em que ele se apoderasse da coisa, privando assim o possuidor do momento essencial, em virtude do qual pode-se aproveitar dela.

para devolvê-lo ao seu verdadeiro proprietário. Estou precisamente por isto autorizado a ter como ladrão aquele que surpreendo em minha casa, porque a sua apreensão não pode ser interpretada senão pela intenção premeditada de apropriá-la e não tenho o mesmo direito com relação ao que achou o relógio, porque a sua ação pode ser explicada de duas maneiras e, portanto, somente sua conseqüente aptidão demonstrará quais das duas é a certa. Não se pode, a meu ver, achar um ponto de apoio sólido para esta questão tão interessante da intenção fraudulenta, senão em minha teoria, ao passo que a de Savigny não nos presta auxílio algum a este respeito.

Termino aqui o exame da relação interna da posse ou do que se chama o *corpus*. Restar-me-á, todavia, demonstrar o paralelismo do segundo elemento da posse ou o *animus*, com a exterioridade da propriedade. Se não empreendo esta tarefa é porque, como já disse no princípio, escolhi a crítica do chamado *animus domini* para objeto de um terceiro estudo.²¹⁸ Mas ainda mesmo fora desta circunstância, me evitaria uma demonstração mais minuciosa, porque a exatidão de meu ponto de vista nesse assunto manifesta-se tão clara e tão plenamente, que o próprio Savigny reconheceu sua verdade, quando formulou a vontade de possuir como *animus domini* – testemunho este que pesa tanto mais na balança, quando é certo que esta fórmula acomoda-se pouco, a meu ver, com a sua noção da posse. Com efeito, se a posse é o poder físico sobre a coisa, por que a vontade de possuir não é determinada pela noção de propriedade? A inconseqüência em que cai Savigny prova que a lógica interna das coisas não permitiu desconhecer seu ponto de vista, nem evitá-lo.

Sem ir mais além na matéria, ser-me-á permitido, contudo, acrescentar à tese precedente a seguinte:

218. É precisamente dos outros três que, conforme viu o leitor, Ihering anuncia, o único que escreveu e publicou. Os outros dois renunciará pouco depois a escrevê-los, segundo ele mesmo o confessa no prólogo em que trata do *animus domini*. Não obstante tudo isso, pode-se considerar que onde Ihering expõe pontos de vista mais gerais sobre a posse, é na obra que ora damos à luz em tradução portuguesa. Na que se dedica ao *animus* (*Besitzwille – a vontade da posse*), ele circunscreve-se exclusivamente a este ponto concreto especialíssimo. Com relação à posse, Ihering publicou um artigo que, não obstante pequeno, abarca toda a teoria. Pode-se ver no *Dicionário de Ciências Políticas* de Conrady Elstr. Veja-se também o segundo estudo das *Questões de Direito Civil*, tradução brasileira de Adherbal de Carvalho, Rio de Janeiro – Laemmert & C. editores, 1899. (N. T.)

12. A diferença entre o “*animus possidendi*” e o “*alieno nomine detinendi*” não acha uma explicação suficiente senão no ponto de vista da exterioridade da propriedade

Resumindo agora as explicações precedentes, posso dizer que a noção da posse que estabeleci resistiu a todas as provas, tanto no tocante à sua *legitimidade e necessidade legislativa*, como relativamente à sua *aplicação prática e sua concordância com o direito romano*. Tudo o que este contém sobre a matéria, as ações possessórias, as condições de capacidade da pessoa e da coisa, o paralelismo entre a posse e a propriedade, a determinação do *corpus* e do *animus*, tudo isso gravita ao redor da propriedade como seu centro visível. Adquirida esta convicção e concedida, para conformarmos-nos com ela, a posse das coisas como a exterioridade da propriedade, não nos é possível representar a conexão íntima que existe entre a posse das coisas e a dos direitos, e estabelecer a noção mais elevada da posse, a que essas duas formas estão subordinadas como sub variedades, a saber:

13. A posse é a exterioridade do direito

A teoria do poder físico tem que recorrer à noção do exercício da propriedade para ir da posse da coisa à posse dos direitos (Savigny, pág. 192). Mas em lugar de colocar a questão desta forma, e de saber se as noções do poder físico sobre a coisa e do exercício da propriedade são correlativas, e em vez de explicar porque na posse sobre a coisa o exercício do direito está unido ao poder físico, ao passo que não o está na quase posse, passa rapidamente sobre o assunto e não o traz à conta senão para retirá-lo imediatamente depois que lhe presta o serviço pedido. Ainda mais, o prejuízo de que a essência da posse consiste no poder físico, vai tão longe que Savigny (pág. 193) disputa à própria quase posse o seu direito ao nome de posse, e não quer ver neste emprego de uma mesma palavra – prova evidente do reconhecimento de sua homogeneidade interna, atestada pela abstração jurídica – senão uma *dura necessitas*, engendrada pela pobreza da linguagem, como se fosse difícil aos romanos adaptar a expressão de que se serviam os interditos para designar essa relação (*usus est*) a quase posse, mediante uma adição qualquer, por exemplo, *usus juris*.

A expressão *juris possessio* empregada pela jurisprudência romana para designar a exterioridade da propriedade das servidões, é a meu

ver a melhor prova do que se entendia por possessio; com relação à propriedade, podia perfeitamente ser aplicada às servidões, ou, em outros termos, não se trata do poder físico sobre a coisa, mas da exterioridade da propriedade.

Agora temos que examinar a aplicação de nosso ponto de vista à teoria sobre a aquisição e perda da posse. Seja-nos permitido uma expressão geral que nos servirá, às vezes, de conclusão para toda a investigação que precede, e de motivo e epígrafe do que se segue. Dou pouca força probatória a semelhantes expressões gerais, mas em todo o caso, posso servir-me dela, como simples fórmula, segundo as fontes de minha teoria possessória. Trata-se das expressões da L. 2, Código de *possessione* (3-32) “... *cum ipse proponas te diu in possessione fuisse **omniaque ut dominum gessisse***”. Não se poderia exprimir melhor em latim meu ponto de vista da exterioridade da propriedade senão com estas palavras: *OMNIA UT DOMINUM GESSISSE*.