

possessionis causa. CUJÁCIO⁶⁸⁴ se manifestava pela afirmativa, mesmo com relação aos interditos *retinendae possessionis causa*, salvo se o autor estivesse seguramente na posse da coisa; já ANTONIO DE GOUVEIA⁶⁸⁵ entendia que não se podia cumular o petitório com tais interditos, mas o agir com a ação de reivindicação não implicava a renúncia da posse. No século XVIII, POTHIER, tanto com relação à *complainte* quanto com referência à *réintégrande*, se manifestava pela negativa da cumulação,⁶⁸⁶ regra que foi consagrada no art. 25 do Código de Processo Civil Francês, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1807: “O possessório e o petitório não serão jamais cumulados” (“Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés”).

33. *A teoria possessória de SAVIGNY*. Era esse o estado em que se encontravam, em matéria de posse, a doutrina e a prática européias, quando, em 1803, aos vinte e quatro anos de idade, publicou SAVIGNY o livro que, por si só, bastaria para imortalizá-lo: *Das Recht des Besitzes*.⁶⁸⁷

Seu objetivo era expor a teoria da posse como ela se apresentava no direito romano. O próprio SAVIGNY,⁶⁸⁸ anos mais tarde, em 1822, ao prefaciá-la quarta edição dessa obra, declarou que foi ao dar um curso, no verão de 1801, sobre os dez últimos livros do Digesto que, ao estudar as fontes romanas, a posse lhe chamou a atenção, parecendo-lhe que as opiniões dominantes poderiam ser amplamente retificadas em face dos

⁶⁸⁴ *Observationum et Emendationum Libri XXVIII, lib. VII, cap. XXXIX* (Opera, tomo I, colunas 146-147).

⁶⁸⁵ Cfr. FACHINEO, *Controuersiarum Iuris Libri Decem, lib. VIII, cap. VI*, coluna 987.

⁶⁸⁶ *Traité de la Possession*, n.ºs 101 e 123 (in *Oeuvres*, ed. BUGNET, tomo IX, págs. 297 e 303, respectivamente).

⁶⁸⁷ BAEHR (*Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, pág. 39), por não haver SAVIGNY estudado a posse germânica (*der Besitz*), mas a *possessio* romana, o critica por ter dado a seu livro o título *Das Recht des Besitzes*, e não — o que seria o correto — *Das Recht der possessio*. E, em favor de SAVIGNY, lembra que ele escreveu essa obra com apenas 24 anos de idade.

⁶⁸⁸ *Das Recht des Besitzes*, págs. III e IV (*Traité de la Possession en Droit Romain*, págs. IX e X).

textos; e, incentivado por seu professor WEIS, lançou-se ao trabalho no inverno de 1802, a ele se dedicando sem interrupções. Em 1803, após reduzido tempo de labor,⁶⁸⁹ vinha à luz a primeira edição.

IHERING,⁶⁹⁰ ao fazer o necrológico de SAVIGNY, em 1861, acenou que *Das Recht des Besitzes* era a pedra angular da ciência do direito contemporâneo, e que ela conseguira reviver o pensamento romano, fazendo ressurgir o espírito da jurisprudência de Roma.

Tratava-se, portanto — repita-se —, de livro voltado para a reconstrução da teoria da posse como a haviam concebido os jurisconsultos romanos, e não de trabalho destinado a fins práticos.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Cinco meses, segundo GUENOUX (*Notice sur la vie et les ouvrages de Frédéric-Charles de Savigny, in Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, tomo I, pág. 10), que foi aluno de SAVIGNY, e dá essa notícia em 1839; seis semanas, diz ERIK WOLF (*Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, pág. 481); “in poco tempo”, adverte SCIALOJA no prefácio de sua tradução do *Sistema de Direito Romano Atual* (vol. I, pág. XXXIV); e DERNBURG (*Pandekten, ersten Bandes, zweite Abtheilung*, § 169, pág. 1, nota 1) salienta que o fato de SAVIGNY, aos 24 anos de idade, haver projetado e escrito, em poucas semanas, uma obra que, por quase um século, dominou a teoria da posse, mostra a força do gênio.

⁶⁹⁰ Friedrich Karl von Savigny, in *Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 5, pág. 359.

⁶⁹¹ SOKOLOWSKI (*Die Philosophie im Privatrecht, Band II — Der Besitz im Klassischen Recht*, págs. 217 e segs.), no início do século passado, impressionado pela semelhança de certas posições de SAVIGNY com idéias desenvolvidas, antes dele, por KANT, sobre a posse, procurou demonstrar a influência que o filósofo exercera sobre o jurista. Pelo vivo interesse que SAVIGNY, antes de escrever seu livro, revelava pela filosofia, tendo frequentado cursos de FICHTE e de SCHELLING, concluiu SOKOLOWSKI que não se tratava de mera coincidência, mas, ao contrário, de influência que se mostrava evidente em vários pontos da teoria de SAVIGNY: sua conceituação de posse e de aquisição *corpore et animo* tinha muito pouco em comum com a concepção romana, mas correspondia inteiramente à de KANT; o *animus domini*, como o entendera SAVIGNY, concordava com o *animus* que KANT concebia como ato de vontade dirigido a ter a coisa como própria; em KANT, também,

Das *Recht des Besitzes* se compõe de uma introdução (onde se indicam as fontes romanas sobre a posse, e se analisam, de modo sumário, as principais obras que a seu respeito se escreveram desde os glosadores até o final do século XVIII), e de seis seções relativas, respectivamente, à noção da posse, à

se apoiava a idéia da natureza dúplice da posse — fato e direito; e de manifesta inspiração kantiana era o fundamento da proteção possessória — a ofensa à posse constituiria um delito contra a pessoa do possuidor — defendido por SAVIGNY, uma vez que KANT, ao contrário dos antigos, não concebia a posse como relação entre pessoa e coisa, mas, sim, como relação entre pessoa e pessoa, entre vontade e vontade. Não é de estranhar, portanto, que SOKOLOWSKI — cujo mérito de haver realçado as influências do tempo sobre o jovem SAVIGNY é inegável — tenha chegado a pretender que, por causa disso, a teoria de SAVIGNY traduzia concepção de posse mais moderna do que antiga.

Na Itália, SOLARI (*Sulla Dottrina del Possesso del Savigny, in Scritti Giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I — *Diritto Privato* — págs. 566 e segs.) segue SOKOLOWSKI no reconhecer a influência de KANT sobre a teoria possessória de SAVIGNY, e cita DERNBURG como, também, a reconhecendo, quando é certo que a nota 1 ao § 143 do *System des Römischen Rechts — Der Pandekten* (que é a oitava edição, das *Pandekten* de DERNBURG), pág. 294 do vol. I, foi reelaborada por SOKOLOWSKI, não se podendo saber, com certeza, se DERNBURG assim igualmente pensava, pois SOKOLOWSKI, no prefácio da citada edição (pág. V), diz, apenas, que consultou pessoalmente DERNBURG sobre a maior parte das alterações (e não sobre todas) que introduziu na obra deste.

Nessa mesma linha, escreve PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, tomo X, § 1.064, 5, págs. 47-48):

“Na concepção de F. VON SAVIGNY, a definição de posse e da aquisição *corpore et animo* afastou-se da teoria romana, que ele pretendia expor. Ninguém, imergindo no passado, se livra de seu tempo; alguns, porém, levam a esse consigo. Percebe-se a influência kantiana. Há de haver o *corpus*, a atuação empírica, a *apprehensio*, e o *animus*, a vontade de ter a coisa como sua, o *animus domini*. Ora, os antigos, por sua própria filosofia, nunca falaram, nem podiam falar de *animus domini*. A *Metaphysik der Sitten*, que F. SAVIGNY leu e meditou, foi responsável por isso. Apagar-se-ia, assim, a separação entre a posse, noção metafísica, e o *status* jurídico, tão cara aos juristas romanos. Os próprios limites entre a posse e a propriedade esmaeceram, com os professores de direito natural e com F. VON

aquisição dela, à sua perda, aos interditos possessórios, à *iuris quasi possessio* e às modificações que, no particular, o direito romano sofreu nos tempos modernos.

Em suas linhas fundamentais, a teoria de SAVIGNY é a que se segue.

Parte ele da observação de que, no direito romano, só dois efeitos legais se atribuem à posse como tal e independente de qualquer idéia de propriedade: o usucapião e os interditos possessórios. A posse é condição de existência desses dois efeitos. É ela fato e direito — por sua própria essência é um fato; por suas conseqüências assemelha-se a um direito. O *ius possessionis*, que é o direito que resulta da posse, consiste apenas na faculdade de invocar interditos possessórios, quando a violação da posse assume forma determinada. Sobre a *uxata quaestio* do sentido das três expressões que se encontram nas fontes romanas (*possessio*, *ciuilis possessio* e *naturalis possessio*), sustenta SAVIGNY que a expressão *ciuilis possessio* indica a posse que reúne as condições necessárias a conduzir à propriedade em virtude do usucapião (*possessio ad usucapionem*); que a palavra *possessio*, desacompanhada de qualificativo, designa a posse protegida pelos interditos (*possessio ad interdicta*); e que a expressão *naturalis possessio* varia de significado conforme seja empregada em oposição a *ciuilis possessio* (caso em que abrange tanto a simples detenção, quanto a *possessio ad interdicta*), ou em contraposição a *possessio* (hipótese em que designa, apenas, a detenção). Daí se concluir que só há duas

SAVIGNY; e “a vontade de tratar o objeto como seu” era puro pensamento de I. KANT: o *animus possidentis* transmudou-se em *animus domini*.”

Mais recentemente, em 1969, HERNANDEZ GIL (*La Función Social de la Posesión*, págs. 15-16 e nota 10) alude ao estudo de SOKOLOWSKI a respeito da influência de KANT sobre SAVIGNY, ao acentuar que, na obra deste, “prepondera o puramente racional e lógico sobre o irracional e empírico” (“prepondera lo puramente racional y lógico sobre lo irracional y empírico”), e que “se trata de uma obra de juventude realizada no clima do máximo dogmatismo idealista com tendências para o criticismo” (“se trata de una obra de juventud realizada en clima del máximo dogmatismo idealista con tendencias ya hacia el criticismo”).

posse jurídicas: a *civilis possessio* e a *possessio*; mas como a posse que leva à aquisição da propriedade por usucapião (a *civilis possessio*) nada mais é do que a *possessio* a que se reúnem outros elementos (que haja começado com *bona fides* e com *iusta causa*, e que a coisa possuída seja susceptível da *usucapio*), tem-se que, em verdade, não há senão uma posse no sentido jurídico da palavra — a *possessio*, que, por si só, dá direito aos interditos possessórios, e, acrescida de outros elementos, produz o usucapião. Quais, então, os elementos essenciais da noção de posse jurídica? São eles dois: um fato exterior (o *corpus*) e uma vontade determinada que o acompanha (o *animus*, fato interior). O *corpus* não é, como pretendiam os jurisconsultos desde os tempos da glosa, o contato material com a coisa, nem são os atos simbólicos que, graças a uma ficção jurídica, representam esse contato, mas, sim, a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la contra agressões de terceiro. Já o *animus* que caracteriza a posse é o *animus domini* (a intenção da ter a coisa como se fosse proprietário dela), que não se confunde com a *opinio domini* (a crença de ser, realmente, o proprietário da coisa possuída). Portanto, o que distingue a posse da detenção é a circunstância de que, na posse, mister se faz a existência de um *animus* especial: o *animus domini*.⁶⁹² Por tê-lo, o ladrão tem posse: por não tê-lo — e isso porque ele não considera a coisa como sua —, não a tem o inquilino, que é mero detentor. Mas, o próprio SAVIGNY não podia deixar de reconhecer que existiam casos em que, segundo os textos romanos, havia posse, apesar da inexistência do *animus domini*: o do precarista, o do credor pignoratício, o do depositário de coisa litigiosa (*sequester*) e o do enfiteuta, que possuíam sem ter *animus domini*, e que, logicamente, deveriam ser meros detentores como o eram, por exemplo, o locatário, o depositário, o comodatário, o usufrutuário. Consi-

⁶⁹² Diz SAVIGNY (*Das Recht des Besizes*, § 9, págs. 108-109 — *Traité de la Possession en Droit Romain*, § 9, págs. 88-89) que a posse é a detenção com *animus possidendi*, e, como a detenção é o fato físico que corresponde ao fato jurídico da propriedade, o *animus possidendi* nada mais é do que a intenção de exercer o direito de propriedade (*animus domini*).

derou-os SAVIGNY como derrogações aos princípios primitivos da posse, e explicou-os com a noção de *posse derivada*: além da posse originária, cujos elementos essenciais são o *corpus* e o *animus domini*, há a posse derivada, que é aquela que resulta da transferência, por parte do possuidor verdadeiro e originário, do *ius possessionis* ao que irá exercer o direito de propriedade em nome daquele; o *animus possidendi*, na posse derivada, tem por objeto o *ius possessionis* transferido pelo possuidor originário, e é a intenção de tê-lo.

O livro de SAVIGNY, pelo método, pela clareza e pelo engenho, ofuscou tudo o que, anteriormente, havia sido escrito sobre a posse.⁶⁹³ E a tal ponto que, no último quartel do século XIX — decorridos mais de oitenta anos de publicada sua primeira edição —, IHERING, ao atacar a teoria do *animus domini*, assim se justificava do erro em que incidira ao julgar que esse *animus* e a posse derivada eram noções criadas por SAVIGNY:

“A circunstância de Savigny não haver feito nenhuma referência aos seus predecessores e o esquecimento imerecido em que caiu a literatura dos antigos práticos em consequência do impulso de nossa ciência que se prende ao surgimento de Savigny podem ter sido a causa de uma opinião longamente firmada ter sido posta sob o nome de Savigny. Para a enorme influência que ele exerceu sobre sua época e a que se lhe seguiu, nada é mais característico do que toda a anterior lite-

⁶⁹³ Em 1885, PININSKI, na introdução de seu livro *Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht* (§ 1, pág. 3), acentuava que, desde o aparecimento da obra de SAVIGNY sobre a posse, dominara na doutrina, por mais de meio século, um estado de repouso, e isso porque, como consequência da enorme influência do mestre sobre seus contemporâneos, desde logo as mais de suas opiniões se tornaram teoria prevalecente.

Pouco antes, em 1883, DERNEBURG (*Entwicklung und Begriff des juristischen Besizes der römischen Rechts*, págs. 1 e 2) lembrava que havia oitenta anos que a força jovem de SAVIGNY se aplicara à posse, resultando daí uma obra-prima de qualidade incomparável, e que sua teoria não cessara de afirmar seu domínio, não obstante os ataques sofridos.

ratura da posse ter sido lançada no refugio. Em todas as questões controvertidas que tão vivamente exaltaram os ânimos, salvo algumas de menor importância, quase nunca se afastou de Savigny, e é exceção rara encontrar-se, na literatura possessória de nosso século, o nome de um jurista de época mais antiga.”⁶⁹⁴

Em verdade, várias das teses sustentadas por SAVIGNY não são criações suas.

Já IHERING pretendia que toda a teoria de SAVIGNY se encontrava em LAUTERBACH, ao fazer a distinção entre *possessio ciuilis ratione formae* e *possessio naturalis ratione formae*:

“À posse verdadeira, a *possessio ciuilis ratione formae* como ele a denomina, pertence o *animus domini*; é a posse de quem possui *tanquam dominus*. Assim possui o proprietário, pois ele *detinet animo domini*; assim, o *immissus ex secundo decreto*: *detinet enim rem tanquam suam i. e. dominus praetorius*; assim também aquele que *esbulhou o proprietário*, se ele o fez com a intenção *ut rem possideat tanquam suam*. À posse sem *animus domini* ele denomina *poss. naturalis ratione formae*, e ela se apresenta quando alguém *detinet suo nomine et affectione sibi possidendi citra animum domini propter aliquod ius in re*, e ele coloca nela, além

⁶⁹⁴ “Dieser Umstand, dass Savigny seiner Vorgänger gar keine Erwähnung gethan hat, und die unverdiente Vergessenheit, der in Folge des an Savigny's Auftreten sich knüpfenden Aufschwunges unserer Wissenschaft die Literatur der alten Praktiker verfiel, mag es verschuldet haben, dass eine bereits längst aufgestellte Ansicht fortan auf den Namen von Savigny gesetzt ward. Für den enormen Einfluss, den er auf seine und die nachfolgende Zeit ausübte, ist wohl nichts in dem Masse charakteristisch, als dass die frühere Literatur des Besitzes der Rumpelkammer überwiesen ward. Bei allen den vielen Streitfragen, welche die Gemüther so lebhaft erregt haben, ist man, von einigen munder erheblichen abgesehen, kaum je über Savigny hinausgegangen, es gehört zu den seltenen Ausnahmen, dass man in der Besitzliteratur unseres Jahrhunderts dem Namen eines Juristen aus früherer Zeit begegnet” (*Der Besitzwille*, págs. 251-252 — *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pag. 211).

dos quatro casos em que Savigny admite a posse derivada (*credor pignoratício, enfiteuta, sequester, precarista*), outros três (*superfidiário, usufrutuário, vassalo*).

Aí temos nós toda a teoria de Savigny. Primeiro, o *animus domini* com o mesmo nome e com a mesma conceituação que em Savigny: *possuir a coisa realmente ou presumidamente como própria*. Depois, o estabelecimento de uma categoria especial da posse para aqueles casos em que o direito romano (ou o moderno) concede proteção possessória sem *animus domini*, seja com fundamento na *possessio corporis* ou na *possessio iuris*: a *possessio naturalis ratione formae*, isto é, a posse derivada de Savigny.”⁶⁹⁵

O próprio IHERING, logo em seguida, reconhece que a teoria do *animus domini*, que não se confunde com a *opinio domini*, já se encontra desenvolvida, com maior clareza, em DONELO,

⁶⁹⁵ “Zum richtigen Besitz: *possessio ciuilis ratione formae*, wie er ihn nennt, gehört der “*animus domini*”, es ist der Besitz, bei dem Jemand besitzt “*tanquam dominus*”. So besitzt der Eigenthümer, denn er “*detinet animo domini*”, so der *immissus ex secundo decreto*, “*detinet enim rem tanquam suam i. e. dominus praetorius*”, so auch derjenige welcher den Eigenthümer deicirt hat, wenn er se mit der Absicht gethan hat, “*ut rem possideat tanquam suam*”. Den Besitz ohne *animus domini* bezeichnet er als “*poss. naturalis ratione formae*”, er liegt von wo Jemand “*detinet suo nomine et affectione sibi possidenti citra animum domini propter aliquod ius in re*”, und er stellt dahin, ausser den vier Fällen, in denen Savigny den abgeleiteten Besitz annimmt (Pfandgläubiger, Emphyteuta, Sequester, Precarist), noch drei (Superficiar, Usufructuar, Vasall).

Damit haben wir die ganze Savigny'sche Theorie. Einmal den *animus domini* mit demselben Namen und mit derselben Begriffsbestimmung wie bei Savigny: die Sache wirklich oder anmasslich als die eigene besitzen. Sodann die Aufstellung einer eigenen Kategorie des Besitzes für diejenigen Fälle, in denen das römische (oder moderne) Recht ohne *animus domini* den Besitzschutz gewährt, sei es auf Grund der *corporis* oder *iuris possessio*: die *possessio naturalis ratione formae* d. i. der abgeleitete Besitz von Savigny” (*Der Besitzwille*, págs. 248-249 — *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pag. 208).

que não estabeleceu, porém, categoria especial para a posse derivada.

DUQUESNE, posteriormente, também observou:

"A teoria de Savigny não é, portanto, em suas partes essenciais, senão uma reprodução da teoria de Duareno e de Doneo."⁶⁹⁶

Essa afirmação — como já foi demonstrado anteriormente — não é exata com relação a DUARENO, que não chegou a estabelecer o *animus domini* como o elemento diferenciador da posse e da detenção. Em DONELO, sim, se acha exposta, com admirável clareza, a parte essencial da teoria de SAVIGNY. Acen-tua DONELO que, para possuir, são necessários dois elementos: a *detentio* e o *animus domini*; esta é a intenção de ter a coisa como sua ("ut uelim rem suam esse"; "idest qui pro sua seu tanquam suam"),⁶⁹⁷ razão por que não são possuidores os que, embora tenham a coisa em virtude de justa causa, não a têm como sua, assim o colono, o inquilino, o usufrutuário.⁶⁹⁸ *Animus domini*, continua DONELO, não se confunde com *opinio domini* ("non exigere nos ad possessionem, ut quis teneat opinione domini: sed solum ut domini affectu").⁶⁹⁹ No tocante às expressões *possessio civilis* e *possessio naturalis*, já sustentava DONELO⁷⁰⁰ que a *possessio civilis* nada mais era do que a posse justa (a posse, que envolvia o *animus domini*, acrescida da *opinio domini*, boa fé), ao passo que a *possessio naturalis*, ora designava posse verdadeira mas injusta (posse de má fé), ora exprimia a mera detenção. E, por fim, se é certo que DONELO não aludiu à categoria da posse derivada, não menos certo é que justificou a existência de posse (como, aliás, já o fizera

⁶⁹⁶ "La théorie de Savigny n'est donc dans ses parties essentielles qu'une reproduction de la théorie de Duaren et de Doneau."

⁶⁹⁷ *Commentariorum de Iure Ciuile, Liber V, cap. VI, n.ºs III e IV (Opera Omnia, tomus primus, col. 986).*

⁶⁹⁸ *Idem, cap. VI, n.º IV (Opera Omnia, tomus primus, col. 987).*

⁶⁹⁹ *Idem, cap. VI, n.º V (Opera Omnia, tomus primus, col. 988).*

⁷⁰⁰ *Idem, cap. VI, n.º IX (Opera Omnia, tomus primus, col. 991, nota 9).*

anteriormente DUARENO), em três (o do credor pignoratício, o do *sequester* e o do precarista) dos quatro casos nela englobados por SAVIGNY, pela circunstância de neles — ao contrário do que sucedia nas hipóteses de comodato, depósito, locação, usufruto — o possuidor primitivo transferir sua posse ao credor pignoratício, ao *sequester* ou ao precarista.

Antiga, também, era a tese de que a posse é fato quanto à origem, e direito quanto aos efeitos que produz. Vinha ela de BÁRTOLO, e sofrera, pelo correr dos tempos, várias críticas, das quais a mais curiosa é a de VACÔNIO, d. Decl. 32, referida por HILÍGERO, em nota a DONELO:⁷⁰¹ fazer essa distinção seria como se se dissesse que a estátua, enquanto se esculpe, é de cobre, e, pronta, é de ouro. SAVIGNY, porém, fugiu a essa crítica, ao salientar que a posse era fato, não quanto à sua origem, mas considerada em si mesma, em sua essência.

É inegável, porém, o extraordinário merecimento da obra de SAVIGNY, não só pela análise das fontes romanas, mas também pelo tratamento global dado à matéria, com método novo, com clareza cristalina, com férrea coerência. Daí, seu êxito retumbante, a determinar, como salientou DUQUESNE,⁷⁰² que a maioria dos autores deixasse a teoria do *animus rem sibi habendi*, dominante até então, para retornar à do *animus domini*.

Os ataques, como sempre sucede, não demoraram a surgir. O ponto mais vulnerável da teoria do *animus domini* se encontrava, precisamente, nos casos em que a posse só pudera ser explicada com a noção de posse derivada que não tinha apoio algum nos textos romanos. ROSZHIRT,⁷⁰³ em 1825, foi o primeiro a combater a expressão *posse derivada*. A partir do final dessa década, é crescente o ataque à vinculação da posse com a propriedade e à posse derivada. SAVIGNY não fica indiferente

⁷⁰¹ *In DONELO, Commentariorum de Iure Ciuile, Liber V, cap. VI, n.º X (Opera Omnia, tomus primus, col. 991, nota 9).* Sobre HILÍGERO, anotador de DONELO, vide STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, erste Abtheilung*, págs. 716 e segs.

⁷⁰² *Distinction de la Possession et de la Détention en Droit Romain*, pág. 112.

⁷⁰³ *Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi possessione*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 8, págs. 9-10.

às críticas. Na sexta edição de seu livro,⁷⁰⁴ publicada em 1836, faz um aditamento ao parágrafo em que se ocupa dos elementos essenciais da posse, e, nele, depois de dividir seus opositores em três correntes (ROSZHIRT que admite a sua teoria, mas repele a expressão *posse derivada*, por entender que essas exceções à regra geral não deviam ter qualquer denominação técnica; SCHROETER que sustenta que, nesses casos de posse derivada — e inclui, neles, o do superficiário —, não há exceção alguma, pois tais possuidores têm também o *animus domini*; e finalmente os autores — WARNKOENIG, GUYET, BARTELS, SINTENIS —⁷⁰⁵ que, considerando frustrada a tentativa de SCHROETER, negam a identidade do *animus possidendi* e do *animus domini*, e buscam dar àquele extensão que lhe permita abarcar os casos da posse derivada), acentua que as duas últimas correntes, que realmente se opõem à sua tese, são falhas: a de SCHROETER, por não ser possível vislumbrar *animus domini* na posse derivada; a dos adeptos do *animus possidendi*, por terem de lhe dar tal extensão que acabam por abranger casos em que, indu-

⁷⁰⁴ *Das Recht des Besitzes*, § 9, págs. 133 a 138 (*Traité de la Possession en Droit Romain*, § 9, págs. 113 a 118).

⁷⁰⁵ SINTENIS (*Beiträge zu der Lehre vom juristischen Besitz überhaupt, und dem Pfandbesitz im besondern, in Zeitschrift für Civilrecht und Process*, vol. 7, págs. 338 e segs.) sustentava que o *animus* que caracteriza a posse é, em geral, o *animus domini*, mas se a finalidade dela o exclui, ela se funda no *animus rem sibi habendi*. Por isso, SINTENIS assim conceitua a posse: “A posse é a detenção ligada ao *animus possidendi*, e esta palavra precisa ser compreendida diferentemente conforme o possuidor reconheça junto de si um *dominus*, ou não: neste caso, ela designa o *animus domini*; naquele, o *animus rem sibi habendi*” (“Besitz ist Detention, verbunden mit *animus possidendi*, und dieses Wort muss nach dem Zweck des Besitzes verschieden erklärt werden, je nachdem der Besitzer neben sich einen *dominus* anerkennt, oder nicht; hier bezeichnet es den *animus domini*, dort den *animus rem sibi habendi*”) (pág. 251). Acentua, ainda, SINTENIS que “o *animus alieno nomine possidendi* não precisa de ser levado em consideração, porque não dá ao detentor posse, e não tem, assim, influência sobre a definição de posse” (“der *animus alieno nomine possidendi* braucht nicht berücksichtigt zu werden, dieser glebt dem Detinenten keinen Besitz, und hat also auf die Definition des Besitzes keinen Einfluss”) (págs. 251-252).

bitavelmente, não existe posse, mas mera detenção. A controvérsia, porém, persiste. No final do século, DUQUESNE,⁷⁰⁶ analisando-a, divide as opiniões em dois grupos: o dos partidários da teoria do *animus domini* (e, portanto, os que aderiam à aproximação da posse da coisa à propriedade) e o dos adeptos do *animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* (que rejeitavam a tese do *animus domini*, e, conseqüentemente, a correlação entre a posse da coisa e a propriedade, motivo por que encaravam a primeira, abstratamente, como poder de fato sobre a coisa, caracterizando o *animus* em face dela mesma). Ponderava, ainda, que, no primeiro desses grupos, havia duas correntes: a corrente dos que admitiam a tese da posse derivada nos moldes de SAVIGNY, divergindo, apenas, quanto aos casos que nela seriam enquadráveis (BRUNS, VANGEROW, ARNDTS, PUCHTA), ou, então, como THIBAUT, que não via na posse derivada uma anomalia, mas a aplicação pura e simples dos princípios, ou, ainda, como BRINZ, que sustentava que essa espécie de posse só apresentava uma peculiaridade análoga à fidúcia (havia alienação fiduciária da posse em favor do credor pignoratício, do *sequester* e do *precarista*), ou, enfim, como WINDSCHEID, para quem na posse derivada existia ficção de *animus domini* estabelecida pelo direito positivo; e a corrente dos que tentavam conceituar o *animus domini* de modo que fosse ele capaz de encontrar-se nos casos de posse derivada, eliminando-se, assim, as exceções, e, em decorrência, a categoria comum que as abrangia (para SCHROETER e DUNCKER, o *animus domini* é a vontade de se comportar de fato como o faria um proprietário, embora segundo esses autores, essa vontade fosse conciliável com o reconhecimento pelo possuidor da propriedade de outrem; e para ROSZHIRT, KIERULFF e PFEIFER, o *animus domini* é a vontade de comportar-se, em face da coisa, como senhor). Já no segundo grupo, cinco eram as correntes em que ele se fracionava: a dos autores que vislumbravam no *animus possidendi* a vontade de ter sobre a coisa senhoria que eles pretendiam não achar-se senão junto aos possuidores

⁷⁰⁶ *Distinction de la Possession et de la Détention en Droit Romain*, págs. 112 e segs.

(BARTES, SCHMIDT, LENZ, BOECKING, DERNBURG, SCHEURL); a de MACHELARD, que vinculava a posse à vontade de ter a coisa em seu proveito; a de GUYET, que identificava o *animus possidendi* com a vontade de ter uma detenção acompanhada de um direito qualquer; a de VAN WETTER, que caracterizava o *animus possidendi* como a vontade de ter uma detenção acompanhada de um direito real;⁷⁰⁷ e, finalmente, a dos que consideravam que o *animus possidendi* nada mais era do que a vontade de ter a posse para si (WARNKOENIG, MOLITOR, SENTENIS, PERNICE).⁷⁰⁸

A divergência, porém, se limitava à caracterização do *animus* especial que existiria na posse e a distinguiria da detenção.

Nas últimas décadas do século XIX, não se duvidava de que, também na detenção, havia a participação da vontade, embora fosse diversa da ocorrente na posse. SAVIGNY não fora explícito a esse respeito, e, por isso, sofrera a crítica de BRUNS, que observara que, pelo seu conceito de detenção, quem quer que, com um machado, atravessasse um bosque seria detentor deste.⁷⁰⁹ RUDORFF, porém, em apêndice à sétima edição do *Das Recht des Besitzes*,⁷¹⁰ o defendera, pondo em relevo que já DONELO asseverara que ter uma coisa materialmente, sem participação alguma da vontade, não configurava detenção; o que

⁷⁰⁷ Observa DUQUESNE (*Distinction de la Possession et de la Détention en Droit Romain*, págs. 128-129) que SCIALOJA se aproxima dessa concepção, não chegando, porém, a falar em direito real. Para SCIALOJA — e sustentou essa opinião ao estudar a posse do precarista —, o *animus possidendi* é a vontade de se estar em relação independente com a coisa.

⁷⁰⁸ Como acentua DUQUESNE (ob. cit., págs. 129-130), WARNKOENIG, de início, adotou a definição de SAVIGNY; depois, em 1830, passou a sustentar a ocorrência do *animus rem sibi habendi*, que existe sempre que não haja o *animus alieno nomine possidendi* (a intenção de possuir em nome alheio); por outro lado, DERNBURG, que, a princípio, defendera tese igual à de KIERULFF, LENZ e BOECKING, mudou de opinião, a partir de seu livro *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, passando a entender que só há posse nas relações possessórias em que o possuidor tem a intenção, legalmente reconhecida, de possuir para si.

⁷⁰⁹ Ob. cit., § 55, pág. 466.

⁷¹⁰ N.º 2, pág. 563 (trad. francesa, n.º 2, pág. 553).

nesta não existe — concluía RUDORFF — é a vontade de ter a coisa para si.⁷¹¹

Permanecia como verdade incontestada que a posse era constituída de dois elementos — o *corpus* e o *animus* —, distintos e absolutamente independentes, podendo um persistir apesar do desaparecimento do outro. O que diferenciava a posse da detenção era a ocorrência, naquela, de um *animus* que não existia nesta, e que, portanto, não se confundia com a vontade que havia na detenção. E, quanto ao *animus* da posse, continuava a controvérsia já bem caracterizada na renascença: *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*?

SAVIGNY trouxera luz à discussão, mas não subvertera os termos em que ela se travava e em que se prosseguia travando depois dele. A IHERING, no final do século XIX, é que caberia revolucionar a base em que se assentava a teoria da posse desde os glosadores até os tempos modernos. Para isso, inspirou-se, em parte, em concepções dos historiadores do direito germânico oriundas dos debates sobre a *Gewere*.

34. O ataque de IHERING e sua repercussão. O ataque de IHERING às concepções dominantes sobre a posse não se fez de um só jato.

Começou ele com a divulgação, em 1868, nos “Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”, dos “Beiträge zur Lehre vom Besitz” (*Contribuições à teoria da posse*),⁷¹² publicados, em livro, no ano seguinte, com o título “Über den Grund des Besitzsschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz” (*Sobre o fundamento da proteção da posse. Uma revisão da teoria da posse*). Nessa obra, sustentou IHERING, contra as teses então existentes — inclusive a de SAVIGNY, para quem a posse se tutelava juridicamente porque sua turbação era um delito contra a pessoa do possuidor, e cuja contribuição mais notável, no dizer de HERNANDEZ GIL, fora haver reduzido a posse a um mínimo básico dotado de

⁷¹¹ Sobre a posição de SAVIGNY com referência à detenção, vide a nota 728, adiante.

⁷¹² Vol. 9, págs. 1 e segs.

autonomia com relação à propriedade —,⁷¹³ que, sendo a posse a exteriorização da propriedade, a proteção daquela era o complemento necessário da tutela desta, facilitando a prova em favor do proprietário, embora pudesse aproveitar, também, ao

⁷¹³ *La Función Social de la Posesión*, pág. 16. Mais adiante, a págs. 17-18, salienta HERNANDEZ GIL:

“Ao inquirir o significado autônomo da posse, Savigny não desconhece que pode apresentar-se como emanção do direito de propriedade (*ius possidendi*). O que afirma é a existência, ademais, de uns direitos estrita e exclusivamente derivados da posse (*ius possessionis*). Só o *ius possessionis* faz parte da teoria possessória propriamente dita. A posse ocupa uma posição equidistante da propriedade e da mera detenção. Da primeira se diferencia na mesma medida em que se contrapõem o fato e o direito; quanto à segunda, a distinção se põe em produzir, ou não, efeitos jurídicos. Quais são os efeitos imputáveis à propriedade e incompatíveis com o caráter extrajurídico da detenção? É aí a sede da posse como instituição jurídica independente” (“Al inquirir el significado autónomo de la posesión, Savigny no desconoce que puede presentarse como emanación del derecho de propiedad (*ius possidendi*). Lo que afirma es la existencia además de unos derechos estricta y exclusivamente derivados de la posesión (*ius possessionis*). Sólo el *ius possessionis* forma parte de la teoría posesoria propiamente dicha. La posesión ocupa una posición equidistante de la propiedad y de la mera tenencia. De la primera se diferencia en igual medida que se contraponen el hecho y el derecho; en cuanto a la segunda, la distinción radica en producir o no efectos jurídicos. ¿Cuáles son los efectos no imputables a la propiedad e incompatibles con el carácter extrajurídico de la tenencia? He ahí la sede de la posesión como institución jurídica independiente”).

Já no início do século, SOLARI (*Sulla Dottrina del Possesso dei Savigny, in Scritti Giuridici dedicati ed offerti a GIAMPIETRO CHIRONI nel XXXIII anno del suo insegnamento* — I — *Diritto Privato*, págs. 564 a 566), depois de dizer que “com Savigny a posse como instituto jurídico readquire inteira a sua autonomia nas relações com a propriedade” (“col Savigny il possesso come istituto giuridico riacquista intera la sua autonomia nei rapporti colla proprietà”), acrescenta que a expressão *animus domini* aplicada à posse significava, para SAVIGNY, que aos efeitos da posse jurídica se exige uma vontade na medida do que o

não-proprietário.⁷¹⁴ A proteção da posse — são palavras de IHERING —⁷¹⁵ é um postulado da proteção da propriedade; ela é o complemento indispensável do sistema da propriedade dos romanos. E é dele também a afirmação que viria a celebrar-se: a posse é uma posição avançada da propriedade.⁷¹⁶ Nos capítulos finais desse trabalho, propôs-se IHERING a demonstrar que tal fundamento da proteção possessória determinara a posição assumida pelos juristas romanos quando elaboraram a teoria da posse. Nessa demonstração, encontra-se a crítica à concepção de SAVIGNY quanto ao elemento objetivo da posse — o *corpus*. Adverte IHERING que a afirmação, de SAVIGNY, de que a *apreensão* (ou seja, o ato físico, o *corpus*, necessário à aquisição da posse) consistia na possibilidade física de agir imediatamente sobre a coisa e de afastar dela qualquer ação de terceiro não se coadunava com os textos que a admitiam em hipóteses — como a do javali preso na armadilha colocada pelo caçador (D. 41, 2, 55) — em que essa possibilidade não existiria. Para IHERING, sendo a posse a exteriorização ou a visibilidade da propriedade, o critério para a verificação de sua existência é a maneira pela qual o proprietário exerce, de fato, sua propriedade,⁷¹⁷ o que implica dizer que o *corpus* é a relação de fato entre a pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica, é o procedimento do possuidor, com referência à coisa possuída, igual ao que teria normalmente o titular do domínio. As idéias de IHERING, contidas nesse estudo, são por ele mesmo assim condensadas:

⁷¹⁴ *Beiträge zur Lehre vom Besitz, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 9, pág. 44 (*Fondement des Interdits Possessoires*, trad. MEULENAERE, pág. 42).

⁷¹⁵ *Idem*, pág. 46 (*idem*, pág. 43).

⁷¹⁶ MEULENAERE (*Fondement des Interdits Possessoires*, pág. 42) traduziu a expressão “*Eigenthumsposition*” (empregada por IHERING em *Beiträge zur Lehre vom Besitz*, pág. 44) por “*position avancée*”.

⁷¹⁷ *Ob. cit.*, pág. 136 (*ob. cit.*, pág. 143).

proprietário pode fazer sobre a coisa objeto da propriedade, e não que a vontade do possuidor seja a mesma do proprietário, o que seria absurdo em casos como o em que o possuidor é o ladrão.

"Na relação com a propriedade se encontra a chave para a compreensão de toda a teoria material da posse: tanto para a extensão abstrata do instituto da posse — ela segue paralelamente à propriedade — como para os requisitos da posse concreta — eles se reduzem à relação exterior sobre a coisa correspondente à propriedade. A designação da posse como a exteriorização ou a visibilidade da propriedade encerra toda a teoria da posse." ⁷¹⁸

Observa FINZI ⁷¹⁹ que os dois pontos fundamentais da tese que IHERING então defendia — a posse é a aparência de um direito, e, juridicamente, a proteção da posse é a defesa avançada, mais rápida e menos sólida, do direito a ela correspondente — não eram originais, pois já ressaltavam da discussão que se travava entre os germanistas sobre a *Gewere*. Como salientamos anteriormente, o livro de SAVIGNY havia despertado a atenção da doutrina alemã para esse instituto germânico, iniciando-se, com EICHHORN, em 1823, uma série de estudos aprofundados sobre a *Gewere*, que, desde a recepção do direito romano na Alemanha, vinha sendo tido, apenas, como o equivalente extinto, e de interesse meramente histórico, da posse romana. IHERING, apesar de romanista e de ter a *possessio* como objeto de suas cogitações, sofreu, por certo, a influência desse movimento cultural, acabando por imiscuir em sua teoria elementos de origem bárbara.

Por outro lado, nessa obra, IHERING — que, em sua parte inicial, prometera ocupar-se do *animus domini* em estudo pos-

⁷¹⁸ "In der Beziehung zum Eigenthum liegt der Schlüssel zum Verständniss der ganzen materiellen Besitztheorie: sowohl für die abstracte Ausdehnung des Besitzinstituts — sie geht völlig parallel mit dem Eigenthum — als für die Erfordernisse des konkreten Besitzes — sie reduciren sich auf den Gesichtspunkt des dem Eigenthum entsprechenden äussern Verhältnisses zur Sache. Die Bezeichnung des Besitzes als die Thatsächlichkeit oder Sichtbarkeit des Eigenthums schliesst die ganze Besitztheorie in sich" (ob. cit., pág. 196 — ob. cit., pág. 197).

⁷¹⁹ *Il Possesso dei Diritti*, págs. 149 e 177 a 180.

terior — já deixava entrever suas dúvidas sobre a caracterização do elemento subjetivo da posse como sendo a vontade individual do possuidor de ser o proprietário da coisa. Com efeito, depois de enumerar casos em que havia, irrefragavelmente, o *animus domini* concreto, mas em que, por motivos vários, não se admitia a posse (assim, por exemplo, não era possuidor o filho que se apropriasse das coisas do *pater familias* por ter como verdadeira a notícia falsa de sua morte), advertia IHERING que, em geral, possuidor e detentor, concretamente, tinham a mesma intenção, e o dizer-se que alguém seria detentor porque não podia possuir implicava admitir-se que a recusa da posse não decorria da vontade, mas, sim, da norma jurídica que, na hipótese, lhe negava. ⁷²⁰ Apesar disso, o paralelismo estabelecido por IHERING entre a posse e a propriedade, caracterizando aquela como a exteriorização desta, determinou que não se hesitasse em considerar que continuava ele adepto do *animus domini* de SAVIGNY. Em parte, era verdade. O próprio IHERING, mais tarde, em *Der Besitzwille*, ⁷²¹ declarou que, ao encontrar textos romanos que não se conciliavam com o *animus domini* como a intenção concreta do possuidor de ser proprietário da coisa, formulara, já nos primeiros anos de seu magistério, uma teoria a que denominou *teoria da causa*, ⁷²² pela qual a distinção entre a *possessio* e a *detentio* se fazia pelo *animus domini* típico, abstrato, que a lei, com base no que ocorria em geral, encarnava no título de que resultava a posse (*causa possessionis*), e não pela intenção individual, concreta, de se ter a coisa como proprietário (*animus domini* concreto), teoria sustentada por SAVIGNY. Esse *animus domini* abstrato não era, portanto, a vontade verdadeira do possuidor, mas a von-

⁷²⁰ Ob. cit., pág. 38 (ob. cit., pág. 37).

⁷²¹ Págs. VI e VII (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, págs. IV e V).

⁷²² Essa teoria, em suas linhas fundamentais, fora exposta por W. REULING, antigo aluno de IHERING, em comentário, publicado na *Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht*, vol. 17, págs. 320 a 337, sobre o livro de HAUSER, *Stellvertretung im Besitzes. Ein Beitrag zur Besitzlehre*. IHERING, porém, no prefácio do *Der Besitzwille* (págs. VII e VIII), reivindica para si a prioridade da tese.

tade vinculada pela lei, independentemente da disposição de espírito pessoal, ao título da posse (*causa possessionis*). Por essa teoria — *teoria da vontade abstrata* ou *teoria subjetiva da causa* —, para se demonstrar a existência da posse, não seria mister que se provasse que o possuidor tinha a intenção real de ser proprietário, mas bastava que se comprovasse a existência de uma *causa possessionis*, que revelaria, necessariamente, o *animus domini* típico, abstrato. O artificialismo dessa tese — como salientou SALEILLES —⁷²³ acabaria por levar

⁷²³ *Éléments constitutifs de la Possession, in Revue Bourguignone pour l'Enseignement Supérieur de Dijon*, tomo IV, 2, n.º 96, pág. 351 (*La Posesión — Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio Alemán*, trad. NAVARRO DE PALENCIA, n.º 96, pág. 246), onde se lê:

“Fatalmente a teoria da vontade abstrata devia conduzir à teoria objetiva de IHERING. Encarnar o *animus domini* na *causa possessionis* parece algo de tal modo artificioso que IHERING forçosamente devia chegar à supressão do *animus domini*.

Eis, com efeito, a prova que ressalta de todos os desenvolvimentos que precedem; é que, a supor que o *animus domini* seja tomado em consideração em matéria possessória, esse *animus* não é inevitavelmente a vontade verdadeira do possuidor, mas a vontade revelada pelo seu título de posse.

Nós fizemos essa prova nos colocando sob os três seguintes ângulos: 1.º, sob o ângulo da tomada de posse com manifestação unilateral de vontade contrária ao título de aquisição, e nós vimos essa manifestação de vontade impotente para prevalecer contra o próprio título; 2.º, sob o ângulo da tomada de posse com manifestação bilateral de vontade contrária ao título de aquisição, e nós vimos essa manifestação, por via de convenção, impotente, em princípio, para mudar o caráter e os efeitos do título de aquisição; 3.º, enfim, sob o ângulo das mudanças de vontade ocorridas depois da imissão na posse: essas mudanças, se elas ficam no estado de pura declaração de vontade, ainda que convencional, e se elas não se encarnam no título novo, são impotentes para modificar a relação possessória.

Eis, portanto, aonde chegou a teoria do *animus domini*; ela só pode sustentar-se com a condição de reduzir o *animus domini* a uma ficção de vontade que resulta da *causa possessionis*. Reduzida a esse extremo, a teoria do *animus domini*

IHERING à sua teoria definitiva, que nega a existência de qualquer *animus domini*, concreto ou abstrato, como elemento capaz de distinguir a posse da detenção, deixando, simplesmente, que a lei o faça.

Esse foi o objeto do ataque de maior impacto que IHERING dirigiria contra SAVIGNY, muitos anos mais tarde, em 1889, data da publicação do *Der Besitzwille*. Estava IHERING consciente da responsabilidade assumida, razão por que, no preâmbulo desse livro,⁷²⁴ reconhecia que, com ele, punha em jogo o nome que adquirira no trato da ciência do direito, pelo prejuízo irre-

⁷²⁴ *Der Besitzwille*, págs. XII e XIII (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pág. X).

devia fatalmente soçobrar” (“Fatalement la théorie de la volonté abstraite devait conduire à la théorie objective d’IHERING. Incarnar l’*animus domini* dans la *causa possessionis*, cela paraît quelque chose de tellement artificiel que forcément IHERING devait arriver à la suppression de l’*animus domini*).

Voici en effet la preuve qui ressort de tous les développements qui précèdent; c’est que, à supposer que l’*animus domini* soit pris en considération en matière possessoire, cet *animus* n’est pas forcément la volonté vraie du possesseur, mais la volonté révélée par son titre de possession.

Nous avons fait cette preuve en nous plaçant aux trois points de vue suivants: 1º au point de vue de la prise de possession avec manifestation unilatérale de volonté contraire au titre d’acquisition, et nous avons vu cette manifestation de volonté impuissante à prévaloir contre le titre lui-même; 2º au point de vue de la prise de possession avec manifestation bilatérale de volonté contraire au titre d’acquisition, et nous avons vu cette manifestation par voie de convention impuissante en principe à changer le caractère et les effets du titre d’acquisition; 3º enfin, au point de vue des changements de volonté survenus après l’entrée en possession: ces changements, s’ils restent à l’état de pure déclaration de volonté, fût-elle conventionnelle, et s’ils ne s’incarnent pas dans un titre nouveau, sont impuissants à modifier le rapport possessoire.

Voilà donc où est arrivée la théorie de l’*animus domini*; elle ne peut se soutenir qu’à la condition de réduire l’*animus domini* à une fiction de volonté résultant de la *causa possessionis*. Réduite à cette extrémité, la théorie de l’*animus domini* devait fatalement sombrer”).

parável que sofreria, se as acusações a SAVIGNY não fossem fundadas. Em verdade, porém, o ataque de IHERING tinha alcance mais longo: atingia todas as concepções — da renascença ao seu tempo — relativas à noção da posse romana, as quais baseavam a distinção entre a posse e a detenção na existência, naquela, de um *animus* especial (para uns, o *animus domini*; para outros, o *animus rem sibi habendi*). Todas elas, à semelhança da caracterização dada por IHERING à teoria de SAVIGNY, seriam *teorias subjetivas* em contraposição à dele que se apresentava como uma *teoria objetiva*, cujo germe, aliás, já se achava — como vimos anteriormente — em Azo. Advirta-se, desde logo, que a qualificação — teoria objetiva — que IHERING atribuiu à sua própria tese não implicava o afastamento do elemento subjetivo da noção de posse. Com efeito, IHERING distingue, de modo preciso, a relação de justaposição entre uma pessoa e uma coisa e a relação, entre ambos, de detenção ou de posse. Na primeira, não há detenção ou posse, porque a nenhuma delas conduz o contato corpóreo da pessoa com a coisa sem que aquela tenha consciência dele; por isso, acentuavam os juristas romanos (D. 41, 2, 1, 3) que a colocação de uma coisa na mão de uma pessoa adormecida não a transformava em detentora ou em possuidora. Já na detenção ou na posse, indiferentemente, é mister que se queira ter a coisa consigo (*affectio tenendi*), a que alude o texto antes referido: “O louco e o pupilo sem a autoridade do tutor não podem começar a possuir, porque não têm a *affectio tenendi*, ainda que tenham a coisa consigo, como se alguém colocar algo na mão de quem dorme” (“Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingent, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat”). Para IHERING, tanto a posse quanto a detenção exigem o *corpus* e o *animus*, não como elementos independentes, mas, sim, indissoluvelmente ligados,⁷²⁵

⁷²⁵ KUNTZE, *Zur Besitzlehre — Für und Wider Rudolf Ihering*, pág. 93, adverte que essa concepção não era nova, pois já se encon-

nascendo ao mesmo tempo pela incorporação da vontade na relação do sujeito com a coisa, e não podendo existir um sem o outro, pois o *corpus* está para o *animus* como a palavra para o pensamento.⁷²⁶ Posse e detenção não se diferenciam por qualquer qualidade diversa no *corpus* ou no *animus*: esses dois elementos são exatamente os mesmos numa e noutra. Ao contrário da teoria de SAVIGNY (e o mesmo se poderia dizer da corrente favorável ao *animus rem sibi habendi*), que distinguia a posse da detenção por haver naquela um *animus* especial (o *animus domini*, segundo SAVIGNY) que não existia nesta, a distinção feita por IHERING repousa num elemento objetivo: o dispositivo legal que degrada certas posses em detenção, retirando-lhes os interditos possessórios. É em virtude da natureza desse elemento diferenciador — o *animus* especial (elemento subjetivo) e o dispositivo legal (elemento objetivo) — que IHERING denomina a teoria de SAVIGNY de teoria subjetiva, em contraposição à teoria objetiva que é a que ele sustenta. A diferença de posições se aclara sobremodo com as fórmulas algébricas de que IHERING se utilizou para caracterizá-la, fórmulas essas que, para maior facilidade de compreensão, apresentamos com as letras empregadas por MATOS PEIXOTO:⁷²⁷

— Para SAVIGNY:

$$P = C + A + a$$

$$D = C + A$$

⁷²⁶ *Der Besitzwille*, pág. 36 (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, pág. 31).

⁷²⁷ *Corpus e Animus na posse em direito romano*, n.º 122, pág. 223.

trava em KIERULFF, em LENZ, em LIEBE e na primeira edição de seu *Eckurse über römisches Recht*.

Com efeito, LENZ (*Das Recht des Besitzes, und seine Grundlagen*, pág. 99) observava:

“*Animus* e *Corpus* não são duas partes constitutivas da aquisição da posse, mas, ao contrário, dois fatores de um conceito único. No *corpus* se manifesta somente o poder da vontade...” (“*Animus und Corpus sind nicht zwei Bestandtheile des Besitz-Erwerbes, sondern zwei Momente eines Begriffs. In dem Corpus manifestirt sich nur die Macht des Willens, ...*”).

— Para IHERING:

$$P = C + A$$

$$D = C + A - n$$

P é posse; *D*, detenção; *C*, *corpus*; *A*, *affectio tenendi* (consciência de ter a coisa consigo, vontade de deter a coisa); *a*, *animus domini*; e *n*, dispositivo legal que degrada a posse em detenção.

Da análise dessas fórmulas, resulta:

a) que, em ambas as teorias — quer na posse, quer na detenção —, ⁷²⁸ se encontram os fatores *C* + *A* (*corpus* e *affectio tenendi*);

⁷²⁸ SAVIGNY, em verdade, ao se referir ao elemento objetivo da posse, ora alude à detenção (*Das Recht des Besitzes*, págs. 26, 70, 108, 109 — *Traité de la Possession en Droit Romain*, págs. 2, 47, 48, 87, 88) — chegando a dizer que, para ser considerada posse, a detenção deve ser intencional, sendo que essa vontade é o *animus possidendi*, ou seja, a intenção de exercer o direito de propriedade —, ora, e o faz ao estudar a aquisição da posse (*Das Recht des Besitzes*, págs. 205, 212 — *Traité de la Possession en Droit Romain*, págs. 187, 195), ao *corpus*, dizendo que a aquisição da posse repousa num ato físico, *corpus* ou *factum*, acompanhado de uma determinada vontade, *animus*.

Ao que parece, portanto, para SAVIGNY, a detenção era puramente objetiva, não envolvendo qualquer elemento subjetivo (*affectio tenendi*). Por isso, foi criticado por BRUNS (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, § 55, págs. 466-467), ao dizer este que a objeção à definição de detenção contida no Código da Prússia, segundo a qual, por ela, quem, com um machado na mão, atravessasse um bosque seria considerado detentor dele, se aplicava também à teoria de SAVIGNY; e SALLEILES (*Éléments constitutifs de la Possession*, in *Revue Bourguignonne pour l'Enseignement Supérieur de Dijon*, tomo IV, 2, n.º 84, pág. 323; *La Posesión — Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio Alemán*, trad. NAVARRO DE PALENCIA, n.º 84, pág. 204) acentua que, para SAVIGNY, o *corpus* não é senão um elemento material que se realiza por quem coloca a mão sobre a coisa, pouco importando que seja, ou não, são de espírito. Foi RUDORFF quem, em apêndice ao livro de SAVIGNY (*Das Recht des Besitzes*, Anhang. *Zusätze des Herausgebers*, págs. 562-563 — *Traité de la Possession en Droit Romain*, Appendice, pág. 553), e com base em passagem dele onde se lê que o barqueiro possui o seu barco, mas não a água sobre a qual

b) que, no entanto, na de SAVIGNY, a notação *C* + *A* traduz, no tocante à posse, apenas o elemento objetivo (a detenção), sendo o elemento subjetivo, representado por *a*, o *animus domini*; já na de IHERING, *C* (*corpus*) é o elemento objetivo, e *A* (*affectio tenendi*) é o elemento subjetivo, tanto da posse quanto da detenção; e

c) que, na teoria de SAVIGNY, a fórmula da posse difere da da detenção em virtude de um fator positivo (+ *a*, o *animus domini*) que existe na posse e não na detenção; ao passo que, na teoria de IHERING, a diferença decorre de um fator negativo (− *n*), que integra somente a fórmula da detenção.

O fator positivo (+ *a*) existente na teoria subjetiva mostra que ela parte da detenção para a posse, pois esta nada mais é do que aquela acrescida do elemento *animus domini*. O fator negativo (− *n*) da teoria objetiva indica que ela, ao contrário, parte da posse para a detenção, que é uma posse degradada pela lei. Ademais, para a determinação dos casos de posse e de detenção mesmo no direito romano, a diferença entre essas duas teorias é radical: pela de SAVIGNY, para se saber se há posse ou detenção nas hipóteses de relação entre pessoa e coisa a que os textos romanos não aludem, basta verificar, neles, se ocorre, ou não, o *animus domini*; pela de IHERING, no silêncio dos textos, há sempre posse, pois a ocorrência da detenção pressupõe preceito expresso que retire de certa relação entre pessoa e coisa o caráter possessório ⁷²⁹ — em outras palavras, a detenção não difere teoricamente da posse, mas apenas é uma exceção legal a esta.

A crítica de IHERING a SAVIGNY causou impacto. A teoria deste era apresentada como errônea em seu cerne, embora IHERING considerasse que SAVIGNY tivera como predecessor PAULO,

⁷²⁹ Portanto, pela teoria de IHERING, quando os textos de direito romano não declaram, expressamente, que, com referência a uma relação entre pessoa e coisa, há posse ou detenção, deve-se decidir pela posse, pois a detenção tem de decorrer de texto explícito.

navega, embora se sirva de um e de outra para alcançar seus fins, procurou defendê-lo da objeção de BRUNS, salientando, com a invocação de texto de DONELO, que deter uma coisa materialmente, sem qualquer participação da vontade, não configura verdadeira detenção.