

Posse, propriedade: pode a coisa pertencer a dois sujeitos ao mesmo tempo?*

Rodolfo SACCO**

§ 1. Em toda a parte, a Constituição assegura uma proteção à propriedade. Em nenhum lugar debruça-se a Constituição sobre a posse.

Em toda a parte, o Código Civil dedica dezenas e dezenas de parágrafos ou de artigos à propriedade, e poucas palavras à posse.

A seu turno, o ensino reserva à propriedade uma atenção toda especial, e não oferece à posse senão um lugar bem mais modesto.

À própria linguagem jurídica agrada sublinhar a posição central da propriedade. Para definir a posse, ela recorre à sua relação conceitual com a propriedade: a posse é, assim, o comportamento que corresponde ao exercício do direito de propriedade.

O que conta, o que é de grande importância é a propriedade. A posse parece estar a seu serviço.

Essa visão não é sustentada pela lógica.

Coloquemo-nos a questão “o que é a propriedade”? Receberemos de imediato como resposta uma ou outra das duas definições que se seguem.

Se se quiser colocar em evidência as vantagens que a propriedade assegura ao proprietário, dir-se-á que o proprietário tem o direito de fruir e dispor da coisa, e esta fórmula é aquela

* Tradução do artigo *Possession, propriété: la chose peut-elle appartenir à deux sujets en même temps?*, realizada por Eduardo NUNES DE SOUZA, doutorando e mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor substituto de Direito Civil da UERJ. Advogado. O artigo original está publicado neste mesmo número da civilistica.com, na seção “Doutrina estrangeira”.

** Professor emérito da Universidade de Turim, Itália, e membro da Accademia Nazionale dei Lincei.

que nós encontramos nos Códigos. Se, ao revés, se quiser colocar em evidência o aparato jurídico que está predisposto em favor do proprietário, a propriedade é o dever, imposto a todos os terceiros, de não ter ingerência sobre a coisa; e essa fórmula agrada a alguns juristas que apreciam os procedimentos lógicos rigorosos.

As duas definições da propriedade acima formuladas nos ajudam a falar da posse. Se a propriedade é o direito de fruir da coisa, a propriedade é o direito de possuir, porque é o possuidor que frui. Se a propriedade é o *Anspruch*¹ à não ingerência de terceiros, a conclusão é sempre a mesma. O dever de não ingerência significa que o proprietário, se não tem a posse do bem, pode pretender que o terceiro possuidor lhe retorne a coisa. A propriedade é ainda uma vez o direito à posse.

Vejam os um problema lógico conexo. Se nós considerarmos o direito e sua execução – a saber, seu exercício –, qual dos dois é o meio e qual é o fim? É claro que o direito, o direito, notadamente a relação de propriedade são instrumentos instituídos a fim de que o devedor execute a prestação, e de que o proprietário possa fruir de seu imóvel.

O direito de propriedade tem por finalidade assegurar a seu titular a posse da coisa.

A propriedade é o meio, a posse é o fim.

§ 2. Ouvimos dizer e repetir que a propriedade é um direito, e a posse um fato.

As duas situações pertencem portanto a dois universos distintos. Nenhum paralelismo seria concebível entre uma e outra.

A verdade é mais complexa.

A propriedade é um direito. E onde existe um direito (em nosso caso: o direito de propriedade), este está assistido por uma proteção jurídica, que é posta em prática se uma violação é causada aos direitos do proprietário (ação de reivindicação etc.). Onde existe um direito, sabemos que tem lugar um fato, um *Tatbestand*,² capaz de fazer nascer o direito.

¹ N.T.: Em alemão no original, “pretensão”, no jargão amplamente empregado pelo direito processual.

² N.T.: Em alemão no original, “hipótese fática”, equivalente ao termo *fattispecie* no direito italiano.

Encontramos um quadro perfeitamente paralelo a respeito da posse. O possuidor dispõe de uma proteção jurídica, aquela que é prevista pelos parágrafos 861 e 862 do BGB.³ Nós podemos notar que o fim das ações que são conferidas ao possuidor é idêntico ao fim das ações que cabem ao proprietário. A situação do possuidor, por sua vez, apenas pode existir se um *Tatbestand* lhe dá existência: o BGB denomina esse *Tatbestand* “Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache».⁴

Em outras palavras : a propriedade é um direito, e como tal ela é protegida por uma série de ações judiciais ; e este direito nasce de um *Tatbestand*; a posse é um estado de fato, enraizado em um *Tatbestand* originário; e naquela se enraíza um *Anspruch* jurídico, protegido por uma série de ações judiciais.

A propriedade e a posse são, assim, duas formas de senhoria.⁵

A questão que se põe aqui é a seguinte : já que a fruição da coisa não pode pertencer senão a um único sujeito por vez, não seria necessário que o direito escolhesse? Ou a coisa pertence, em todos os casos, ao proprietário, ou ela pertence, em todos os casos, ao possuidor.

³ N.T.: Vejam-se, em tradução livre, os aludidos dispositivos do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão): “§861. ‘Pretensão por causa de privação da posse’. (1) Se o possuidor é privado da posse por interferência ilegal, o possuidor pode requerer que a posse seja restabelecida pela pessoa que está na posse defeituosa em relação a ele. (2) A ação está excluída se a posse que foi removida era defeituosa em relação ao presente possuidor ou seu predecessor no título e foi obtida no ano anterior à privação da posse”; “§ 862. ‘Pretensão por causa de interferência na posse’. (1) Se o possuidor for turbado na sua posse por interferência ilegal, ele pode requerer que o turbador remova a turbação. Se posteriores turbações forem temidas, o possuidor pode perseguir um interdito proibitório. (2) A ação está excluída se o possuidor possui a propriedade defeituosamente em relação ao turbador ou o predecessor no título do turbador e a posse foi obtida no ano anterior à turbação”. No original: “§861. ‘Anspruch wegen Besitzentziehung’. (1) Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist”; “§862. Anspruch wegen Besitzstörung. (1) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist”.

⁴ N.T.: Em alemão no original, “Aquisição do poder fático sobre a coisa”.

⁵ N.T.: No original, « maîtrise ».

Conhecemos sistemas jurídicos que se inspiram na ideia de que a coisa deva pertencer a um único senhor?

A resposta é: sim.

Os sistemas jurídicos instalados por forças revolucionárias, que têm como finalidade a total desordem⁶ do regime dos bens, dão um lugar à propriedade e recusam qualquer reconhecimento à posse. O regime revolucionário teme que o antigo proprietário (que a nova lei quer despossuir) guarde o controle físico sobre a coisa e possa – nesse caso – reclamar a proteção que é assegurada ao possuidor.

Com efeito, o Código Napoleão não regula em nada a posse, senão como elemento da usucapião. O regime romano e comum da posse pôde sobreviver na França graças a duas circunstâncias imprevisíveis. Os redatores do Código de Processo Civil não haviam percebido que o Código Civil tinha suprimido as ações possessórias, e indicaram a corte judicial competente para decidir nessa matéria. E os juízes⁷ consideraram essa alusão às ações possessórias como suficiente para provar que o legislador não quis ab-rogar, na matéria, as regras medievais.

Na Rússia, o primeiro Código Civil revolucionário – o *Graždanskij Kodeks (Гражданский Кодекс)* da época da NEP (“Nova política econômica”),⁸ querido por Lênin em 1921 – rompe também com a ideia de posse (*Vladienje, Владение*), e reduz o regime dos bens unicamente à propriedade (*Sobstvennost, Собственность*). Encontra-se esta solução também nos *Osnovy (Основы)*⁹ da União soviética e nos Códigos republicanos dos anos 60 e mesmo mais recentes. Mas os juízes souberam utilizar as regras da responsabilidade civil e as medidas conservadoras das quais eles dispunham ao curso do processo para reprimir as violações causadas à posse.

⁶ N.T.: No original, « le bouleversement total ».

⁷ N.T.: No original, no singular « le juge ».

⁸ N.T.: Trata-se da *Novaya Ekonomiceskaya Politika*, ou nova política econômica, seguida pelos países da União Soviética após abandonarem o comunismo de guerra (a partir de 1921) e antes de adotarem a coletivização forçada dos meios de produção que seria promovida por Stalin, em 1928. Neste período, admitiu-se a devolução de pequenas atividades agrícolas, industriais e comerciais à iniciativa privada, com o objetivo de se tentar superar a grave crise econômica em que se encontrava a União Soviética.

⁹ N.T.: Em russo no original, “fundamentos”, título usual de manuais de diversas áreas do conhecimento, inclusive manuais de Direito.

Por outro lado, os sistemas de direito mais simples colocam no centro das atenções a posse. O jurista comparatista, o antropólogo, na presença dessa pertinência ligada à posse da coisa pode bem falar de propriedade. Ele considera algo normal. Se um sistema conhece uma única forma de senhoria, o jurista denominará essa senhoria propriedade.

Os sistemas dos quais falei reprimem o furto, reprimem a expulsão violenta de uma pessoa da habitação onde mora, reprimem a ultrapassagem de uma fronteira bem demarcada. O homem e um grande número de animais conhecem bem essas regras. As técnicas de demarcação de fronteiras são um capítulo importante da etologia animal.

Quanto aos humanos, não preciso invocar, aqui, os africanos ou os americanos pré-colombianos. O direito inglês em sua prístina forma conhecia uma propriedade inteiramente concebida a partir de sua proteção aos regimes dos delitos.

§ 3. Mas em que consiste a distinção entre a posse e a propriedade?

Todas as duas se beneficiam de uma proteção. Poderíamos dizer, em nome dessa proteção que ocorre em todas as duas, que as duas situações jurídicas são uniformes?

Analisemos as proteções em questão.

Debrucemo-nos, em primeiro lugar, sobre estes numerosos sistemas que conferem uma proteção apenas ao possuidor. Este exerce, no caso, a *Selbsthilfe*.¹⁰ Essa faculdade não faz dele um proprietário. Ele defende um estado de fato atual contra uma tentativa de mudar a ordem das coisas.

Mas em toda a parte entre os humanos, e largamente entre os animais – notadamente entre os macacos – um princípio fundamental do direito é a restituição. Se um chimpanzé arrancou os pelos de seu vizinho, na primeira oportunidade seu vizinho vai arrancar seus pelos. Se um macaco deu algo de comer para seu vizinho, na primeira oportunidade seu vizinho lhe dará algo de comer. Assim também, se alguém na tribo bateu em seu companheiro, seu companheiro vai lhe bater em seu turno.

¹⁰ N.T.: Em alemão no original, “autotutela”.

O direito babilônico, o direito romano, o direito inglês nos mostram que o contrato real precede historicamente, como fonte de obrigação, o contrato consensual. A necessidade de corrigir¹¹ um enriquecimento manifesto e injusto justifica esta obrigação, impõe-se então à parte enriquecida de restabelecer a situação originária. A ideia da reciprocidade, conquistando a vida em comunidade, está na base da vingança e do talião.

A reciprocidade implica que, se alguém me furtou, eu possa retomar a coisa, e implica também que eu possa tomar uma coisa equivalente.

É preciso agora se indagar sobre a qualidade do sujeito, de quem a coisa tenha sido suprimida, e que quer retomá-la.

No momento em que ele pretende a restituição, esse sujeito não é um possuidor. Ele deixou de sê-lo. Ele é alguém que possuiu no passado. Ele tem alguma coisa em comum com o proprietário sem posse, que intenta uma reivindicação. Mas ao mesmo tempo seu direito à restituição não implica a existência de um verdadeiro direito real. As regras dirigidas aos fatos ilícitos extracontratuais são suficientes para explicar o direito, que tem a vítima, de restabelecer a situação originária.

Darei à minha análise um segundo desenvolvimento.

O ladrão pode transferir a coisa a alguém que esteja ciente do furto. Pode acontecer igualmente que ele a transfira a alguém que ignore o que se passou. Enfim, pode acontecer que esse primeiro ladrão seja furtado, por sua vez, por um terceiro.

Nas três hipóteses, a regra de reciprocidade em nada implica que o primeiro possuidor possa demandar a coisa às terceiras pessoas que a possuem no presente.

Mas o direito tem uma história, ele se modifica, ele se enriquece. O terceiro possuidor ciente do furto pode ser considerado como um cúmplice do ladrão, o segundo ladrão não merece estar ao abrigo dos *Ansprüche*¹² do primeiro possuidor, enfim pode-se considerar aberrante que a restituição possa ser recusada a esse primeiro possuidor que não tem mais

¹¹ N.T.: No original, « parer ».

¹² N.T.: Em alemão no original, “pretensões”.

em suas mãos a coisa em razão de um evento que a tribo inteira quer esquecer, o que pode acontecer se a restituição ocorrer.

Em resumo, pode-se admitir que o possuidor furtado reclame a coisa do terceiro possuidor. Nós temos aqui o embrião de uma situação jurídica de eficácia *erga omnes*, o embrião de um direito real.

O direito à restituição se exerce em face do ladrão,¹³ se exerce em face do terceiro se a coisa foi furtada, e esse direito se exerce em face daquele a quem o primeiro possuidor confiou a coisa (para emprestá-la, para depositá-la). Quando os homens se dedicarem a elaborar classificações jurídicas, eles dirão que o comodatário ou outro fiduciário é responsável a título contratual, ao passo que o ladrão é responsável a título delitual. Mas na origem não se concebe distinção.

Uma ação contra o possuidor atual se a coisa foi furtada, mais uma ação contra o fiduciário. Essa é a proteção do sujeito da *Gewere*¹⁴ no direito germânico.

Se o sujeito da *Gewere* confia a coisa ao fiduciário, ele não tem mais a *Gewere*, seu direito em relação ao fiduciário tem uma base pessoal e contratual. Isso implica que se o fiduciário transmite a coisa a um terceiro, ou se ele é furtado, aquele que era o sujeito da *Gewere* está sem proteção, fora da responsabilidade contratual do fiduciário.

Para continuar, devo formular um novo desenvolvimento.

O fiduciário que transferiu a coisa ao terceiro tinha a posse, e transferiu a posse que lhe pertencia, Mas essa posse coexistia com um dever de restituição.

O direito pode atar os dois, a posse e o dever de restituição. O terceiro, tendo causa do fiduciário, será então submetido ao *Anspruch* do primeiro possuidor. Este último está

¹³ N.T.: No original, « Le droit à la restitution œuvre à l'égard du voleur [...] »..

¹⁴ N.T.: Em alemão no original. A figura da *Gewere*, reputada um dos pontos nodais do direito das coisas germânico, corresponde à relação de senhoria entre um sujeito e uma coisa, correspondente à *saisine* no direito francês, à *tenuta* no direito italiano e aproximadamente à posse (*possessio*) no direito germânico medieval. Para uma análise aprofundada do termo, que aqui parece estar empregado simplesmente como sinônimo de posse, cf. José Carlos MOREIRA ALVES. “A *Gewere* – um instituto do antigo direito germânico”. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. V. 63, 1968.

blindado. Ele dispõe de um direito *erga omnes* à restituição, ele dispõe de uma ação de reivindicação.

Essa proteção recai sobre o primeiro possuidor, e se enraíza no fato de que ele possuiu, e de que ele nunca quis perder irreversivelmente seu poder sobre a coisa. Se a coisa é transmitida quatro vezes a quatro fiduciários sucessivos, todos desonestos, se a coisa é furtada quatro vezes (do possuidor originário e, em seguida, cada vez de um novo ladrão), nessas hipóteses todos os possuidores que se sucederam no tempo têm o direito de recobrar a posse perdida.

Ora, podemos imaginar um sistema onde a ação confiada para recobrar a posse não se enraíza em absoluto em uma posse qualquer anterior, mas em um "título" originário, incompatível com a eficácia de um outro título originário criado em favor de um outro sujeito. Esse título poderia ser a concessão da autoridade, ou a inscrição do nome do sujeito em um registro público, ou uma usucapião (que apaga de um só golpe todo direito preexistente sobre a coisa); alternativamente, poderá operar um título derivativo, uma transferência válida do direito.

Nessas últimas hipóteses, temos uma senhoria que não deve sua existência a uma posse anterior qualquer; nós temos uma pertinência incompatível com uma pertinência contemporânea reconhecida a uma segunda pessoa. A senhoria da qual falo tinha um nome entre os romanos. Ela se designava *dominium*. Ela se reputa, em alemão, *Eigentum*. A proteção dessa propriedade é incompatível com a existência de uma segunda propriedade rival, mas ela não exclui em absoluto a proteção de toda sorte de posse, nem a presença de múltiplas formas de proteção de diversos possuidores, graduados segundo a qualidade de sua situação (a posse foi adquirida sem violência? Qual foi a sua duração? O possuidor está de boa-fé?).

Mais ainda, a posse poderá comportar, em primeiro lugar, uma presunção de propriedade.

E o direito poderá edificar uma senhoria, que designará propriedade, sem fazê-la acompanhar de um sistema de "títulos" vindos da autoridade, ou dos registros públicos, incompatíveis com a presença simultânea de um título rival. O título bom será, a este ponto, a "posse anterior", ou a posse de boa-fé. Essa solução desempenha um papel importante no direito inglês, e mesmo no direito aplicado na França.

§ 4. Qual é o sentido da proteção do possuidor em um sistema jurídico que reconhece a propriedade?

O problema interessa de perto à prática do direito.

A posse se identifica com uma fruição, com um controle da coisa, que a seu turno se identifica com o exercício de um direito sobre a coisa. Essa familiaridade¹⁵ entre o poder de fato e o exercício do direito tem uma significação profunda do ponto de vista do sistema.

Em muitos casos, a execução de uma prestação tem o mesmo valor que uma declaração de vontade (§ 151 BGB).¹⁶ Em muitos casos, o exercício prolongado de um direito, acompanhado da execução correspondente, dá lugar a um *Rechtsverhältnis*¹⁷ que o direito protege como se ele fosse nascido de um título válido: é assim onde se fala de uma “sociedade de fato”, de uma “relação de trabalho de fato”, mais genericamente de “faktische Vertragsverhältnisse”,¹⁸ ou de uma categoria semelhante. O saber do jurista deve muito a Haupt,¹⁹ a Simitis,²⁰ a Nikisch.²¹ Quanto aos franceses, estes estudaram mais largamente as situações de fato em geral (penso em Houin).²² A vida do direito teve a ver com a família de fato, com a administração de fato, com a adoção de fato, com o funcionário de fato.

A situação de fato é frequentemente assimilada, em certos casos ou globalmente, à situação de direito correspondente. Mas a situação de fato não é invulnerável. O interessado pode

¹⁵ N.T.: No original, « parenté ».

¹⁶ N.T.: Veja-se, em tradução livre, o teor do aludido dispositivo do BGB: “§151. ‘Aceitação sem declaração ao proponente’. Um contrato passa a existir a partir da aceitação da oferta sem que o proponente precise ser notificado da aceitação, se tal declaração não tiver de ser esperada de acordo com os costumes, o se o proponente renunciou a isso. O momento em que a oferta perde validade é determinado de acordo com a interferência do proponente, que deve ser inferida a partir da oferta ou das circunstâncias”. No original: “§151. ‘Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden’. Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden”.

¹⁷ N.T.: Em alemão no original, “relação jurídica”.

¹⁸ N.T.: Em alemão no original, “relações contratuais de fato”, teoria engendrada por Günther Haupt no início do século XX, a fim de justificar o caráter vinculante de relações fáticas que não tinham origem em um negócio jurídico válido.

¹⁹ N.T.: GÜNTHER HAUPT, jurista alemão responsável pela criação da teoria das relações contratuais de fato.

²⁰ N.T.: SPIROS SIMITIS, jurista alemão reconhecido por seus estudos em direito do trabalho.

²¹ N.T.: ARTHUR PHILIPP NIKISCH, jurista alemão reconhecido por seus estudos em direito do trabalho.

²² N.T.: ROGER HOUIN, jurista francês reconhecido por seus estudos de direito privado e direito comparado.

tomar uma iniciativa apropriada e colocar fim nela. Assim a sociedade pode sempre demandar a cessação da sociedade de fato.

É nessa grande constelação dos *Verhältnisse* de fato que tem lugar o exercício de fato do direito sobre a coisa.

Se a propriedade recai a um sujeito que não é possuidor, é preciso estabelecer quem deve ter o poder de agir, para pôr fim às ingerências de um terceiro.

O proprietário não possuidor é um proprietário ausente. O possuidor tem um interesse atual em defender a coisa, notadamente se ele caminha em direção à usucapião. O direito pode mesmo torná-lo responsável perante o proprietário pela diligência da qual ele faz prova na guarda da coisa.

O titular do direito tem tudo a ganhar, se uma proteção em face dos terceiros é confiada ao possuidor. O possuidor defende o bem em seu próprio interesse, movido por seu egoísmo. Mas sua iniciativa defende o bem no interesse objetivo de um proprietário ausente, longínquo e não informado, que não está nas melhores condições para intervir.

Objetivamente, o possuidor age como se ele fosse *ex lege* um mandatário do proprietário. Ou, se essa expressão nos choça, ele age como um gestor de negócios, que atua no interesse do proprietário.

Para concluir: ao possuidor não titular se confia um poder de ação em face de terceiros, e isso corresponde ao interesse do proprietário. E acima de tudo: corresponde ao interesse da coletividade que a proteção do bem seja confiada a um sujeito informado e ativo, se o titular está ausente e inerte.

Resta explicar por que o possuidor, em certos sistemas, pode agir contra o proprietário que o despossui: a razão que justifica a proteção do possuidor é a inércia do proprietário, e no momento em que o proprietário despossui o possuidor essa inércia cessa.

Duas razões justificam apesar de tudo a proteção do possuidor.

Em primeiro lugar, se o possuidor pode ser visto como mandatário *ex lege* do proprietário, seu poder é certamente destinado a se apagar assim que o proprietário reclama dele a restituição. Mas o legislador pode bem impor ao proprietário um procedimento ritual: a saber, ele lhe impõe propor a ação judicial. Nós encontramos aqui a aplicação da regra de que o sujeito não pode exercer diretamente seu direito, se o exercício implica um ato de violência em detrimento de seu adversário.

Em seguida, a posse pode fazer nascer em favor do possuidor direitos – pelas despesas em que incorreu etc. É preciso respeitar seu interesse a condicionar a restituição da coisa à definição das relações contábeis.

§ 5. Na origem, o direito conhecia, e reconhecia, uma senhoria: a posse.

No presente, o direito conhece, e reconhece, duas formas de senhoria: a propriedade e a posse.

A posse nos parece uma senhoria caçula.²³ Ela é uma senhoria provisória, submetida à vontade caprichosa do proprietário, que poderá condená-la à morte ao propor uma ação em reivindicação.

E no entanto algumas vezes a propriedade precisa da posse.

Não se é totalmente senhor da coisa, se não se tem o poder de transferir seu direito sobre o bem. O direito subjetivo põe ao centro da situação a vontade do sujeito, e o poder de transferir pode implicar, de início, que o ato de vontade do proprietário é necessário e suficiente para alienar a propriedade.

Na França e na Itália as definições dos juristas e mesmo a palavra do legislador são orientadas, com efeito, em direção ao princípio consensualista, segundo o qual “a propriedade se transfere por efeito do consentimento das partes” (art. 1376 do *codice civile*).²⁴

²³ N.T.: No original, « une maîtrise cadette ».

²⁴ N.T.: Veja-se, em tradução livre, o teor do aludido dispositivo do Código Civil italiano: “Art. 1376. ‘Contrato com efeitos reais’. Nos contratos que têm por objeto a transferência da propriedade de uma coisa determinada, a constituição ou a transferência de um direito real ou então a transferência de um outro direito, a propriedade

Mas mesmo nesses países, em que a vontade parece suficiente para a circulação dos bens, nós encontramos um direito dentre os direitos reais – a saber, o penhor – que não pode ser constituído se a coisa não for entregue ao adquirente.

Nós encontramos igualmente os títulos de crédito (por exemplo, letra de câmbio, cheque) que são transferidos por efeito da tradição, integrada – na maior parte dos casos – a outras formalidades (endosso etc.).

Além disso, nós constatamos que o *Rechtsgeschäft*,²⁵ onde está declarada a vontade de alienar a propriedade, não transfere todas as prerrogativas do titular. Se o proprietário vende a coisa mobiliária a um primeiro comprador, sem realizar a tradição, e em seguida a revende e a remete a um segundo comprador de boa-fé, é o novo possuidor que adquire definitivamente a propriedade.

A venda sob reserva de domínio não transfere a propriedade. Mas na Itália a tradição da coisa, feita por quem pode dar execução ao contrato, transfere os riscos.

A vontade aliena. Mas por vezes essa vontade tem necessidade de uma forma solene, é assim com as doações. E eis que em casos de doação verbal²⁶ a entrega libera os contratantes da necessidade do ato notarial.

Falo para um público alemão, ao qual não preciso lembrar que na Alemanha, na Áustria, na Inglaterra (salvo no domínio da venda) apenas a *Übergabe*,²⁷ ou o *delivery*,²⁸ transfere a propriedade das coisas materiais.²⁹

ou o direito se transmitem e se adquirem por efeito do consenso das partes legitimamente manifesto [...]”. No original: “Art. 1376. ‘Contratto con effetti reali’. Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato [...]”.

²⁵ N.T.: Em alemão no original, “negócio jurídico”.

²⁶ N.T.: No original, “don manuel”, modalidade que prescinde da exigência geral feita pelo Código Civil francês de escrituração para as doações a partir da simples entrega do bem móvel ao donatário.

²⁷ N.T.: Em alemão no original, “entrega”.

²⁸ N.T.: Em inglês no original, “entrega”.

²⁹ N.T.: Assim também no sistema jurídico brasileiro, conforme o art. 1.276 do Código Civil: “Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição [...]”.

Em um certo número de casos, a tradição é necessária para a transferência da propriedade. Essa solução tem uma qualidade. Ela prevê o perigo de que a propriedade e posse se separem, com o resultado de que o proprietário não possa perceber as necessidades da coisa, e o possuidor não tenha interesse em podê-lo, nem os meios jurídicos para intervir.

§ 6. No começo de meu discurso, falei da posse e da *Seblsthilfe* que assegura sua proteção, como de uma situação que nós encontramos entre os homens e que nós encontramos igualmente entre os animais (notadamente, os macacos). Nós sempre pensamos que a besta pode provar respeito pela posse atual, mas não por uma propriedade separada da posse.

Mas em 1983 uma célebre etologista,³⁰ Jane Goodall, nos relatou um episódio ao qual ela acabara de assistir. Um chimpanzé fêmea, que ela havia nomeado Passion, tinha caído sobre um formigueiro, e nós sabemos bem que o chimpanzé gosta muito de se alimentar deste inseto. Passion teve a sorte de encontrar uma vara, que ela enfiava no formigueiro para capturar as formigas e sugá-las, à maneira dos chimpanzés. A operação já havia durado um pouco, quando Passion, por suas próprias razões, pôs de lado a vara e se distanciou. Um segundo jovem chimpanzé, Pom, havia observado a cena: ele então se aproveitou das circunstâncias para tomar a vara, pescar as formigas e sugá-las. Mas Passion retornou. Ela tocou a vara. Pom a pôs de lado. Passion a retomou.

O homem não considera surpreendente essa sequência em si considerada. Ele considera surpreendente que os sujeitos da sequência sejam macacos.

O homem está familiarizado com a sucessão de diversas fases dessa história. A vara pertence à esfera no centro da qual se encontra Passion. Se Pom pegou a vara, ele deve restituí-la.

Aqui o observador – o jurista – deve prestar atenção a dois possíveis erros.

Em primeiro lugar, ele não deve considerar a regra social dos chimpanzés como totalmente não comparável com a regra dos humanos.

³⁰ N.T.: Estudioso da etologia, ciência que estuda o comportamento social e individual dos animais em seu hábitat natural.

Em seguida, ele não deve crer de maneira crítica que o comportamento de um macaco tenha a mesma significação que o comportamento correspondente de um ser humano.

Aquele que compara não deve em absoluto se deixar atrair nem por uma ideia pré-concebida de uniformidade nem pela visão pré-concebida de diversidades irredutíveis.

Qual é então a explicação que dá o ser humano quando confrontado à história de Passion e Pom?

Muitas respostas são possíveis.

Poderia ser que Passion fosse um sujeito dominante.

Poderia ser que Pom tivesse o dever de restituir.

Poderia ser que Pom tivesse um direito sobre a coisa.

Jane Goodall não nos disse se Passion era um animal dominante. Mas a etologia nos ensina que o chimpanzé dominante não tem privilégios no que tange ao direito de possuir : após a caçada feita coletivamente, ele não almeja uma situação favorável na divisão da caça. Menos ainda poderá ele pretender que algum membro da comunidade lhe entregue tudo aquilo que ele lhe pedir.

Podemos pensar em uma obrigação de dar, imposta a Pom? Nas regras sociais dos animais a relação obrigacional não tem uma posição central. O pai deve alimentar seu filhote, o macho adulto e ainda não velho deve defender a comunidade; mas esses deveres exprimem o estatuto do macaco em seu grupo e não são obrigações no sentido preciso da palavra. Dentre os macacos as obrigações existem. Após a caçada coletiva, o caçador que materialmente capturou a caça deve dividi-la com os outros. Aquele que recebeu uma prestação ou uma coisa material deve restituí-la. Mas as obrigações restitutórias nascem exclusivamente como consequências de uma primeira entrega, ou de uma primeira prestação. E as obrigações de dividir precisam de uma atividade empreendida em comum. E nós poderíamos mesmo dizer que o dever de dividir decorre do fato de que a caça é objeto de uma senhoria comum, que recai sobre todos os caçadores.

Nós temos então duas possibilidades, e deixaremos um dia um chimpanzé jurista decidir-las.

Nós podemos construir o dever cumprido por Pom como a execução de uma obrigação de dar – alguma coisa de não comum, quer dizer, uma obrigação de dar de tipo não restitutivo. Mas nós podemos explicar esse dever diversamente. Nós podemos dizer que a senhoria da vara, que Passion tinha adquirido na origem, não tinha se apagado quando Passion perdeu o contato físico com a coisa. Nós poderíamos pensar em uma posse *solo animo*. Ou nós podemos pensar em um tipo de propriedade.

Obrigação de dar, ou propriedade? Para os macacos, a fórmula aparentemente bizarra do art. 1138 do Código Napoleão poderia cair bem: a obrigação de dar torna o credor proprietário.³¹

Como citar: SACCO, Rodolfo. Posse, propriedade. Pode a coisa pertencer a dois sujeitos ao mesmo tempo? Trad. Eduardo Nunes de Souza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 3, n. 2, jul-dez/2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/posse-propriedade-pode-a-coisa-pertencer-a-dois-sujeitos-ao-mesmo-tempo>>. Data de acesso.

³¹ N.T.: Veja-se o aludido dispositivo do Code Napoléon: “Artigo 1138. A obrigação de entregar a coisa reputa-se perfeita pelo só consentimento das partes contratantes. Ela torna o credor proprietário e atribui a ele os riscos da coisa desde o instante em que ela deveria ter sido entregue, mesmo que a tradição ainda não tenha sido feito, a menos que o devedor não esteja em mora de entregá-la; em qual caso os riscos da coisa permanecem deste último”. No original: « Article 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».