

DA IMISSÃO NA POSSE E DA AÇÃO POSSESSÓRIA (DUPLO SIGNIFICADO DO QUALIFICATIVO ESPECIAL)

Revista dos Tribunais | vol. 678/1992 | p. 23 - 36 | Abr / 1992
DTR\1992\142

Darcy Bessone

Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFMG - Ex-Catedrático da extinta Faculdade Nacional de Direito - Ex-Consultor-Geral da República

Área do Direito: Processual
Sumário:

- 1. Interesse da matéria - 2. Distinção entre ação real e ação pessoal - 3. Proteção jurídica estatal - 4. Proteção ao Direito Real - 5. Proteção ao Direito de Crédito - 6. Proteção à pessoa do possuidor

1. INTERESSE DA MATÉRIA

1. Interesse da matéria

1.1 Em termos gerais, o discríme, entre o direito real e o direito pessoal, repercute na forma do ato jurídico que o engendre.

A posse pode originar-se do título ou apenas do fato. No primeiro caso, há, de ordinário, um título instrumental, como ocorre, p. ex., no constituto possessório e no compromisso de compra e venda de imóvel. No segundo, a posse nasce, sem título, de uma atividade puramente fática, pelo que não há como cogitar do problema da forma. Isto posto, a questão da forma, na posse, vincula-se, em princípio, apenas à posse titulada.

1.2 Em face do disposto no art. 177 do CC, a distinção entre a ação pessoal e a ação real teria de interessar ao instituto da prescrição extintiva.

Esse interesse minimizou-se, no entanto, a partir da doutrina e da jurisprudência que assentaram que não se pode admitir a distinção entre a prescrição extintiva e a prescrição aquisitiva, para se estabelecerem tempos diferentes, nos dois casos.

Coube a Carpenter a inauguração do debate que se desenvolveu a respeito do tema. Dentre os argumentos que lançou, destaca-se o seguinte: "E é isso, precisamente, o que se dá no exemplo em discussão, porque, do que diz o Código no art. 550, se depreende que o prazo ordinário da prescrição das ações que asseguram direito real sobre coisas imóveis é de trinta anos, quer entre presentes, quer entre ausentes; bem assim, do que dispõe o Código no art. 619, se infere que o prazo ordinário da prescrição das ações que protegem direito real sobre coisas móveis é de dez anos, tanto entre ausentes como entre presentes. De maneira que é o próprio Código que, nos arts. 550 e 619, corrige e retifica o art. 177. A prescrição das "ações reais em dez anos entre presentes e, entre ausentes em vinte", de que fala o art. 177 do Código não é uma verdadeira e própria prescrição de ações: é a consequência inevitável, para o antigo possuidor, do usucapião completado, ou consumado pelo atual possuidor; é o próprio usucapião, que tanto pode ser encarado pela sua face positiva, consoante a qual o atual possuidor adquire direito real, como pela sua face negativa, consoante a qual o antigo possuidor perde o mesmo direito real que passa para o atual possuidor que completou o prazo do usucapião. Portanto, se não tiver diante de si um adversário com usucapião completado ou consumado, isto é, com título e boa-fé e posse de dez anos entre presentes ou vinte anos entre ausentes, em se tratando de coisas imóveis, ou, em se tratando de coisas móveis, com título, boa-fé e posse de três anos, entre presentes ou ausentes, o antigo possuidor, isto é, o sujeito ativo da ação de reivindicação, não verá prescrita a sua ação que protege o seu direito real de propriedade plena, senão ao direito real de propriedade

sobre coisa imóvel, ao cabo de dez anos, se se tratar de direito real de propriedade sobre coisa móvel" (Manual do Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro, v. IV, n. 183).

Philadelpho Azevedo, em artigo doutrinário sob o título Prescrição-Usucapião, publicado por Rev. Forense, 39/15, repetiu e enriqueceu os argumentos da lavra de Carpenter.

Carvalho Santos, em comentário ao citado art. 177, também os repetiu, complementando-os: "Suponha-se, por exemplo, uma ação de reivindicação proposta no prazo de vinte e um anos, a contar da posse. Pelo texto supra, se interpretado ao pé da letra, a ação estaria prescrita, e assim ao possuidor se teria assegurado uma situação, que não encontra apoio na lei, pois, sem título e boa-fé, estava ele ainda longe de atingir o tempo legal do usucapião extraordinário. Ora, isso não se compreende como possível. Pelo que, a razão está com Carpenter quando sustentou que a prescrição da ação real de reivindicação de coisa imóvel é de trinta anos e a prescrição da ação ordinária de coisa móvel é de dez anos. Se o usucapião, no primeiro caso, só se verifica decorridos trinta anos, e se no segundo, decorridos dez anos, como seria possível admitir a prescrição das ações respectivas em menor prazo?" (Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro Interpretado, 3.º/460),

O comentarista respalda a argumentação importada de Carpenter e Philadelpho e a própria com o seguinte e importantíssimo tópico: "A jurisprudência dos nossos tribunais, como não podia deixar ser, tem acompanhado a interpretação sustentada por Carpenter e acolhida, afinal, por todos os comentadores, não havendo, em verdade, opiniões divergentes" (loc. cit.). Cf. RTJ 61/384, 75/158 e 96/1.158 e RE 10.597-SP.

1.3 Por último, cabe considerar o problema da necessidade, ou desnecessidade, da participação dos dois cônjuges nas ações possessórias.

A questão destaca-se dentre as que mais dividem a doutrina e a jurisprudência. Da posição que se adotar, em relação ao direito de posse, derivará a solução do sempre polêmico problema prático.

No plano da teoria, esse não é o aspecto mais relevante, mas é o que sempre está a desafiar o pronunciamento do órgão jurisdicional.

O art. 10 do CPC (LGL\1973\5) dispõe que "o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis. O parágrafo único acrescenta: "Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - reais imobiliárias; ... ; IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges. Conquanto tratando do problema da competência territorial, não da integração da lide, o art. 95 contribui para a interpretação do art. 10. Eis o seu texto: "Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa", Percebe-se que os preceitos reproduzidos têm por objeto a ação real imobiliária, como, aliás, admitem Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. I, n. 105), e Hélio Tornaghi (Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), 1/117). Sendo assim, parece claro que nem toda a ação sobre imóvel é real. Cita-se, a título de exemplo, a ação de despejo, mas também se mencionam as ações fundadas na locação, em geral.

Posta assim a questão, o tema que logo emerge é o da dicotomia ação real - ação pessoal. Como distingui-las?

2. Distinção entre ação real e ação pessoal

2. Enfrentando o tema, com singular clareza, J. Frederico Marques prelecionou: "A ação real se distingue da pessoal porque aquela se encontra ligada a um direito real e esta é conexa a um direito obrigacional. Ao direito material é que cumpre responder se a ação é de natureza real ou pessoal, pois a qualificação aludida depende da natureza do direito subjetivo de que deriva a pretensão ligada ao direito de agir" (Instituições de Direito

Processual Civil, v. II, n. 277). Idêntica é a lição de outros abonados doutores, como João Mendes Júnior (Direito Judiciário Brasileiro, p. 110), Corrêa Telles (Doutrina das Ações, § 4.º), Arruda Alvim (Código de Processo Civil (LGL\1973\5) Comentado, II/54), Celso Agrícola Barbi (ob. e vol. cits., n. 107).

Em termos abstratos, só a lei pode instituir o direito real. No CC, o art. 674 dispõe que são direitos reais, além da propriedade, os que no texto estão enumerados. O elenco é, na opinião dominante, taxativo, *numerus clausus*. A taxatividade não impede que a lei crie outras espécies de direito real, como criou, p. ex., no art. 5.º, do Dec.-lei 58 e no art. 25 da Lei 6.766. Mas, desde logo, a técnica legislativa imporá que, se o próprio Código criasse um outro tipo de direito real, a linguagem do seu art. 674 teria de ser expressa.

Agora, em termos concretos, podemos dizer que o direito real imobiliário não se concebe sem título, não apenas no sentido de causa, mas principalmente na acepção formal de instrumento. O art. 530 do CC dispõe: "Adquire-se a propriedade imóvel: I - Pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis. II - Pela acessão. III - Pelo usucapião. IV - Pelo direito hereditário". O art. 676 preceitua: "Os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código". Não se encontra no Código qualquer norma que declare haver algum direito real sobre imóvel sem título instrumental ou sem registro. Até aqui, realçamos as disposições do nosso direito positivo a respeito da distinção entre direito real e direito pessoal, uma vez que esta, como visto, conduz à distinção entre a ação real e a ação pessoal. No tocante aos conceitos doutrinários, reportamo-nos ao n. 2, do livro *Direitos Reais*, de nossa autoria, onde registramos a definição clássica, segundo a qual "o direito real consiste no poder jurídico da pessoa sobre a coisa, oponível a terceiros". Entre nós, fala-se em direito pessoal em referência ao que, em outras ópticas, se prefere chamar direito das obrigações. Roberto Ruggiero formula a seguinte definição: "os direitos das obrigações são os que nascem de uma relação imediata entre duas pessoas e em virtude da qual uma delas (devedor) está obrigada a determinada prestação (dar, fazer ou não fazer), tendo o outro (credor) a faculdade de exigir essa prestação". (*Instituições de Direito Civil - Trad. de Ary dos Santos*, v. I, § 22). O mesmo autor, considerando que o sujeito ativo, de qualquer direito subjetivo é uma pessoa, professa: "Quando o homem como pessoa, tem ele uma série de faculdades ou poderes que não se podiam desprezar sem lhe negar essa qualidade de pessoa" (ob. e vol. cits., § 21). Dentre tais qualidades do homem, enquanto pessoa, menciona os direitos à liberdade e à integridade física. Entendendo que a personalidade confunde-se com a capacidade, prefere falar de direito pessoal em relação às prerrogativas do homem anteriores e superiores à lei (loc. cit.).

A distinção estabelecida por Ruggiero será útil a uma outra distinção, que faremos em relação à imissão na posse e às ações possessórias. Veremos, na abordagem de tais temas, que o qualificativo pessoal comporta dois sentidos diferentes em direito, a saber: a) direito da pessoa do credor na relação de crédito; b) direito da pessoa de não ser submetida pela violência.

A desatenção por essa distinção responde por confusões que se têm estabelecido na Jurisprudência e até mesmo na doutrina a respeito do caráter pessoal da imissão na posse e da ação possessória.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA ESTATAL

3. Proteção jurídica estatal

A lei exprime a vontade abstrata do estado. No plano concreto das relações intersubjetivas, todavia, podem ocorrer dissídios sobre a identificação de tal vontade abstrata, desafiando o acertamento em torno dela. O instrumento próprio para tal acertamento é a ação, que o mesmo Chiovenda assim conceitua: "A ação é, portanto, o

poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei" (loc. cit.).

Não cabe aqui uma digressão sobre esses temas científicos.

Basta-nos, para os limitados fins que temos em vista, sublinhar o poder do estado, através de órgãos jurisdicionais, e de um procedimento de natureza pública, para desenvolvermos a análise que se segue.

Em um primeiro momento, impende ao estado realizar uma atividade que guarda alguma semelhança à chamada interpretação autêntica da vontade abstrata da lei. Costuma-se reservar tal tipo de exegese à atuação do legislador, ao precisar qual o conteúdo da norma que ele próprio editou. Sem embargo de ser assim, não seria despropositado falar-se de interpretação autêntica, quando o estado, através de um de seus três Poderes, o Judiciário, realizasse a mesma tarefa hermenêutica que, ordinariamente, se atribui somente a um outro de seus Poderes, o Legislativo.

Apurada a vontade abstrata da lei, o órgão jurisdicional passa a cotejá-la com uma dada situação concreta, para verificar se esta se ajusta àquela. Aí, o Poder Judiciário distancia-se do Poder Legislativo, por ingressar na órbita do concreto, na qual o legislador não opera. Para fazê-lo necessita de um instrumento procedimental específico, tal é a ação. Esta deve ser a própria para o caso concreto e não será eficaz se estiver prescrita.

O papel do jurista não se identifica com o do legislador, nem com o do juiz. Ele, sem força coativa, pode apenas especular em torno da vontade abstrata da lei ou da ação, enquanto instrumento para torná-la concreta. Em regra, não lhe cabe penetrar no universo das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Assim sendo, teremos de operar em momentos sucessivos, verificando, primeiramente, como a vontade abstrata da lei institui e disciplina o direito substantivo sobre um bem da vida e, em seguida, aplicarmos ao estudo do instrumento procedimental do estado para dar segurança ao bem da vida colocado, eventualmente, em posição desconfortável, porque conflituosa. É o que passamos a fazer.

4. PROTEÇÃO AO DIREITO REAL

4. Proteção ao Direito Real

A vontade abstrata da lei é, aqui, a de instituir e garantir o direito de propriedade ou o direito real, em geral.

Decorre do que acaba de ser dito que, nos termos da lúcida lição de J. Frederico Marques e de outros doutores, já referidos, se o direito a ser protegido é de natureza real, a ação, que o protege, terá de ter o mesmo caráter real.

A principal ação de proteção do domínio, direito real, é a reivindicatória, que tem por fim afastar a lesão ao direito dominial ou real.

É ação do titular do direito real contra quem, não tendo idêntica titularidade, queira se revestir de prerrogativas ou poderes próprios do dominus.

Ao se referir ao terceiro que injustamente possua a coisa, o citado art. 524 aludiu obviamente, ao possuidor sem título e contra o título.

A realidade do direito lesado provoca a ação de sua defesa, que, por isso mesmo, se qualifica também de real.

Aqui, como na imissão na posse e nas ações possessórias, que, a seguir, serão analisadas, o que sobreleva é o direito substantivo que, lesado, se restaura através da ação que ao órgão jurisdicional do Estado cabe julgar, para dizer o direito.

5. Proteção ao Direito de Crédito

5. Este tópico tem a pretensão de oferecer à crítica dos doutos uma ótica, provavelmente inédita, da função privativa da imissão na posse, tal como ela defluiu da letra e do espírito do art. 625 do CPC (LGL\1973\5).

5.1 Em análise retrospectiva, devemos assinalar que a imissão na posse constitui figura mal estudada, porque, em Direito Romano, nenhuma contribuição realmente importante se encontra a seu respeito, do mesmo modo que, no direito estrangeiro, sendo ela desconhecida, também faltam subsídios relevantes no atinente à elucidação da matéria.

5.2 Completamente desconhecida a imissão na posse, foi nesse terreno vazio de doutrina e jurisprudência que o Estado de Minas Gerais, em 7.9.1922, promulgou a Lei 830, contendo o Código de Processo Civil (LGL\1973\5), no qual instituiu a "ação de imissão de posse" (arts. 691 a 693). O art. 691 do antigo CPC (LGL\1973\5) mineiro dispunha: "Podem requerer a imissão de posse: 1 - os adquirentes de bens, para haverem dos alienantes ou de terceiros a respectiva posse; 2 - os administradores e demais representantes legais das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens, pertencentes à pessoa representada; 3 - os mandatários, em geral, para receberem daqueles cujos mandatos se extinguiram a posse dos bens dos mandantes". Transferida para a União a competência para legislar sobre o direito processual, o CPC (LGL\1973\5) federal de 1939 copiou o texto transcrito, com ligeiríssimos aprimoramentos de linguagem: "Compete a ação de imissão de posse: I - aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham; II - aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada; III - aos mandatários para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante" (art. 381).

Podem ser debitados ao completo desconhecimento da imissão na posse os erros ou incertezas que se instalaram nos arts. 691 a 693 do CPC (LGL\1973\5) mineiro e, deles, se transferiram para os arts. 381 a 383 do CPC (LGL\1973\5) de 1939. Dentre eles, podem ser destacados os seguintes: a) impropriedade lingüística na expressão "ação de imissão de posse"; b) não percepção da distinção entre o negócio jurídico de alienação (art. 381) e o direito de propriedade (art. 382); c) inclusão da imissão na posse no Livro IV, Tít. XIII, relativo às ações possessórias.

Dado que o CPC (LGL\1973\5) de 1939 foi ab-rogado, por efeito da edição do CPC (LGL\1973\5) de 1973, deixaram de oferecer interesse os arts. 381 a 383 do primeiro, bem como os erros e incertezas que neles se encontravam. Não seria necessário, portanto, analisá-los.

Acontece, não obstante, que a matéria referente à imissão na posse no atual CPC (LGL\1973\5), do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, é tão escassa e pobre que, para dilucidá-la, será útil colocar em cena as graves tergiversações que se estabeleceram enquanto vigorava o CPC (LGL\1973\5) de 1939. B possível que elas tenham, pelo menos, o préstimo de ajudarem a interpretação do art. 625 e outros do atual CPC (LGL\1973\5).

5.2.1 No CPC (LGL\1973\5) de 1939, repetiu-se a expressão "a ação de imissão de posse" enquanto, no atual CPC (LGL\1973\5), fala-se em "imissão na posse".

Com algum exagero de minúcias, Câmara Leal dedicou duas páginas à demonstração do erro da locução "ação de imissão de posse" (Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. V, n. 80).

Simple questão lingüística, sem conseqüências práticas, a incorreção serve, no entanto, à observação sobre o desconhecimento absoluto da matéria, entre nós e alhures. Se o estamos consignando, só o fazemos para que fique realçado o modo empírico pelo qual tem sido encarada a imissão na posse.

5.2.2 Mas a linguagem não é errônea apenas no tocante à referida locução.

No art. 381, I, o CPC (LGL\1973\5) de 1939 referiu-se às figuras do adquirente e do alienante, enquanto, no art. 382, aludiu ao título de domínio como documento imprescindível à propositura do que impropriamente chamou "ação de imissão de posse".

Tecnicamente, entretanto, distinguiram-se o adquirente (e conseqüentemente o alienante) e o proprietário ou dono. O adquirente e o alienante são sujeitos do negócio jurídico chamado alienação. O adquirente torna-se proprietário. Temos aí, portanto, um prius e um posterius, que, cientificamente, nitidamente se distinguem através de uma sucessividade.

Excetuados poucos países, como Alemanha e o Brasil, nos demais a alienação confunde-se com o negócio puramente obrigacional ou de eficácia real (compra e venda, troca e doação).

Em tal negócio, o alienante confunde-se com o vendedor e o adquirente com o comprador. Na Alemanha e no Brasil, entretanto, a aquisição de imóveis faz-se através de um negócio complexo, integrado pelo negócio obrigacional e pelo registro de imóveis, enquanto a aquisição de bens móveis equipara-se à compra e venda obrigacional dos franceses ou à compra e venda de eficácia real dos italianos, como amplamente demonstramos em obra de nossa autoria, sob o título Da compra e venda - Promessa & reserva de domínio, ns. 14 e ss., na qual sustentamos a tese da eficácia real da compra e venda brasileira.

Mas o que, verdadeiramente, importa é chamar atenção para o fato de que o adquirente é sujeito de uma relação negocial *in fieri*, ao passo que o proprietário é titular estático do domínio sobre a coisa. Tal domínio tanto pode resultar de um negócio jurídico quanto da sucessão hereditária ou testamentária, do usucapião, da acessão, etc. Logo se vê que o CPC (LGL\1973\5) de 1939 não se mostrou atento a tais conceitos científicos, falha que pode explicar repetidas incertezas na aplicação dos seus arts. 381 a 383.

Na ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial que realizamos, somente encontramos uma colocação próxima da que acabamos de referir. É a do Des. Vivalde Brandão Couto, do TJGB, que, dentre outras considerações, formulou a seguinte: "A lei fala em adquirente, mas adquirente tanto poderá ser o atual (acepção filosófica e não cronológica), como o *in fieri*, potencial, bastando ser portador do título que o habilite a tornar-se proprietário na acepção rigorosa que esse vocábulo encerra. Aquela cláusula 382 não poderia ser mais infeliz em seus resultados. Deve-se entendê-la, quando for possível, quando o titular, o autor, puder juntar a prova em tal sentido, jamais com o pretendido caráter imperativo, *conditio sine qua non* (RT 445/246). Com menor precisão científica, um outro aresto intuiu a questão: "O vocábulo domínio foi ali empregado num sentido lato" (RT 168/676). V., tb., um outro acórdão: "O MM. Juiz foi rigoroso no interpretar o art. 382 do CPC (LGL\1973\5) da época". Vale mais a lição de Pontes de Miranda, ministrada no sentido de que, "a despeito da referência do art. 382 a título de domínio, sempre que se adquire direito, que contenha o direito à posse, cabe a ação do art. 381, n. I" (Comentários, t. VI, 2.^a ed., pp. 168-169). Lembra o mestre que as Ordenações Filipinas falavam mesmo de "título semelhante" (RT 474/58).

Aí está a interpretação sistemática, que, para a boa inteligência dos arts. 381 e 382, os conecta e conjuga. Poder-se-ia, aliás, atentar nos ns. II e III do art. 381, para deles se extrair uma exegese porventura mais, forte do que a sistemática. Estamos nos referindo ao dever de coerência e de simetria que impende ao legislador e que não deveria ser descuidado em um só e mesmo artigo de lei. Note-se que, nos dois incisos, há uma constante: é a obrigação que têm o antigo administrador ou o antigo mandatário de entregar ao novo administrador ou ao novo mandatário, respectivamente, coisa que possuía ou detinha com base em uma relação de administração ou de mandato que, extinguindo-se, suprimiu a própria relação obrigacional do antigo administrador ou do

antigo mandatário. Sendo assim, seria mais coerente e simétrico que o n. I se referisse também a uma relação de natureza obrigacional.

Ao lado dessas formas de interpretação, coube ao Min. Luiz Gallotti inaugurar uma importante especulação hermenêutica em torno do critério lógico e racional de interpretação. Fê-lo ao julgar, no STF, o RE 72.691. Argumentou, então, que o promissário comprador tem direito à posse do imóvel cuja venda se lhe prometeu e, como titular de direito subjetivo de natureza pessoal, tem obviamente ação, porque o'a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura" (art. 75 do CC). Estabelecida a premissa, acrescentou que, se o promissário tem ação que lhe assegura o direito à posse, e nenhuma outra ação específica lhe atribua o CPC (LGL\1973\5) de 1939, a única que, por exclusão, lhe restaria teria de ser a de imissão na posse (RTJ 59/924). A força lógica e racional do argumento carregou-lhe ampla repercussão, suscitando numerosas citações do seu voto em julgados de vários tribunais, que passaram a ver o art. 381 à base de uma ação pessoal ou obrigacional.

Por último, cabe considerar o critério teleológico de interpretação, que, como sabido, se vincula à finalidade prática visada pelo emitente da vontade interpretando. Na ação reivindicatória, o fim em vista é assegurar ao dono o exercício das prerrogativas de uso e gozo, que constituem o principal conteúdo da propriedade. Se o art. 382 tivesse de ser aplicado ao pé da letra, a ação de imissão na posse passaria a constituir uma superfetação, uma vez que se destinaria a realizar precisamente a mesma finalidade prática da ação reivindicatória. Seria um bis in idem, que não poderia ter sido desejado pelo legislador.

Francesco Ferrara observou que a interpretação literal constitui apenas o momento inicial, o grau mais baixo, da atividade interpretativa, que terá de ser submetida a controles para atingir-se o exato sentido da vontade manifestada (Interpretação e Aplicação das Leis - trad. de Manuel Andrade, p. 33). Cf., tb., Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n. 38), Heck (Interpretação da Lei e jurisprudência dos interesses - trad. de José Ozório, p. 147).

Conquanto não imprescindível aos raciocínios desenvolvidos, não constituirá demasia, todavia, registrarmos que a maior questão surgida em torno do art. 381 do CPC (LGL\1973\5) de 1939, girou em torno da aplicação do seu n. I às promessas de compra e venda, que, inquestionavelmente, geram direito pessoal e obrigações, não, entretanto, direitos reais, como é o domínio a que aludia o art. 382. A divisão da jurisprudência a respeito do tema foi a mais ampla. No sentido da aplicação do n. I, do art. 381 às promessas, v. RTJ, 49/199, 59/924, 67/263, 75/149, 90/486, 91/171; RT, 170/576, 184/219, 201/274, 216/425, 368/90, 369/165, 371/263, 374/178, 385/266, 397/263, 415/209, 421/128, 430/157, 448/224, 453/215, 456/285, 459/239, 467/69, 475/56, 495/185, 554/97, 662/74; RF, 136/262, 215/201. Em sentido contrário, dando interpretação estrita ao art. 382, para considerar imprescindível a prova do domínio, ver RT, 168/157, 182/883, 194/282, 211/342, 217/344, 217/425, 250/555, 253/317, 266/399, 266/235, 333/384, 401/186, 401/152, 416/363, 462/221, 466/96 e 587/219; RF, 143/294, 159/266, 165/236 e 170/272.

5.2.3 O CPC (LGL\1973\5) mineiro de 1922 incluiu a chamada "ação de imissão de posse" no Tít. III do seu Livro segundo, que engloba as ações possessórias. O CPC (LGL\1973\5) federal de 1939 procedeu do mesmo modo no Tít. XIII do seu Livro IV.

Formou-se, de pronto, o dissídio doutrinário e jurisprudencial em torno da questão de saber se tal inclusão bastaria para caracterizar-se a imissão na posse como ação possessória, ou não. No sentido afirmativo, encontram-se acórdãos em RF, 115/141, 123/116, 130/411. Do outro lado, entendendo que o que verdadeiramente importa é a caracterização científica da imissão na posse, não sua situação tópica na lei, ver acórdãos em RTJ, 51/40; RT, 469/66; RF, 114/408; RJESP, 8/70. Logo se percebe que, na divergência, se contrapõem o critério formal da localização das ações na lei processual e o critério material da racionalidade dos preceitos legais.

Buscando assento doutrinário para a dilucidação da questão, comentadores do CPC (LGL\1973\5) de 1939 imaginaram poder vinculá-la ao conflito de opiniões de Savigny e Cornil, mas o fizeram sem a indicação adequada das fontes (título da obra, vol. ou tomo, § ou número, página, etc.), circunstância que dificulta a conferência das exatas posições dos dois romanistas.

Jorge Americano limitou-se a dizer que a imissão na posse também é chamada *adispiscendae possessionis*, mas, sem embargo disso, negou-lhe caráter possessório. (Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil, 2.º/239). Ao proceder assim, aproximou-se, em parte, do pensamento de Savigny, segundo o qual o interdito *adispiscendae possessionis* não era de natureza possessória, porque não supunha a preexistência de uma posse a ser protegida, e distanciou-se da opinião de Cornil, no sentido de que tal interdito ostentava as mesmas características dos interditos *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis* e, portanto, supunha a preexistência da posse e era de natureza possessória (*Traité de la Possession*, § 21). Aí está uma controvérsia de romanistas em torno, apenas e tão-somente, dos interditos que existiram ao tempo de Roma. O próprio Cornil escreveu que o interdito *adispiscendae possessionis* deixou de oferecer interesse, porque, sendo essencialmente romano, não figurou em qualquer lei moderna: "Passons rapidement en revue les interdits *adispiscendae possessionis*, qui portent tous une empreinte essentiellement romaine et ont dès lors disparu des législations modernes". Em verdade, mesmo em Direito Romano, lavraram graves dificuldades sobre a conceituação do interdito *adispiscendae possessionis*. Tais dificuldades o levaram a distinções cerebrinas que o distinguiam em várias subespécies, como registrou o próprio Cornil: *quorum bonorum*, *quod legato rum*, *salvianum*, *quem fundum*, *possessorium* et *sectorium*. Referiu-se Cornil ao interdito *possessorium*; "faisaente acquérir la possession, le premier, à la suite d'une venditivo bonorum" (ob. cit., § 22). O interdito *possessorium*, subespécie do interdito *adispiscendae possessionis*, teria tido por objeto a aquisição da posse, pela vez primeira, pelo comprador ou, na linguagem do n. I do art. 381 do CPC (LGL\1973\5) de 1939, pelo adquirente. Aí está a convergência dos pensamentos de Savigny e Cornil, no atinente à primeira aquisição da posse com base no título obrigacional da *emptio* et *venditio* (compra e venda) dos romanos. Tal interdito vincula-se à *actio ex empto*, cujo caráter pessoal Carvalho Santos salientou ao comentar o art. 1.136 do CC (v. tb., RTFR 143/265).

Não alcançando a verdadeira essência da divergência entre Savigny e Cornil, no tocante à natureza possessória do interdito *adispiscendae possessionis*, Câmara Leal a localizou na tese de que "o traço característico dos interditos possessórios é terem por fim o reconhecimento provisório do direito de posse, sob reserva de discussão do direito à posse em uma instância distinta" (ob. vol. cit. n. 83). Aí está o característico da distinção entre o juízo possessório e o juízo petitório, mas não está qualquer elemento que conduza à identificação do interdito *adispiscendae possessionis* com qualquer dos três casos previstos no art. 381 do CPC (LGL\1973\5) de 1939. Esta, é, a toda evidência, uma outra questão, inconfundível com a distinção entre o juízo petitório e o juízo possessório.

Dado que o interdito *adispiscendae possessionis* constitui uma figura morta, por haver sido peculiar apenas ao Direito Romano, repô-lo na cena constituiria obra de pura escavação arqueológica, sem qualquer interesse prático ao tempo do CPC (LGL\1973\5) de 1939 e, principalmente, sob a vigência do atual CPC (LGL\1973\5). Somos extremamente reservados quanto a tais exercícios de paleontologia, como deixamos expresso em trabalho doutrinário publicado pela RT 660/7 (DTR\1990\173), e RF 303/19. Tais entretenimentos eruditos produzem, de ordinário, mais incertezas do que esclarecimentos.

Se não se considerar demasia a especulação que passamos a fazer, diremos que a distinção processual moderna entre a causa de pedir e o pedido pode ajudar na interpretação do pensamento de Savigny. Permitimo-nos suspeitar de que ao famoso

romanista não passou despercebido o fato de que o objeto da ação é o mesmo, tanto na reivindicatória e na de imissão na posse quanto na ação de reintegração e na de manutenção de posse. Nos quatro casos, o que o autor da ação quer é a posse, importando-lhe pouco que ela preexistia, como sucede na reintegração ou na manutenção de posse, ou que não haja existido antes, como ocorre na reivindicatória e na imissão na posse. A causa de pedir é que pode variar. Quem tem posse e é turbado ou esbulhado funda-se no próprio fato possessório, para pretender que ele não seja alterado por meio de violência, ou que somente possa ser modificado por efeito de decisão judicial. Quem tem o domínio e nunca teve posse quer conquistá-la, porque é dono. Do mesmo modo, quem tem um título, de natureza pessoal ou obrigacional, que autorize a aquisição da posse, a quer por ter direito a ela, não por haver sofrido ou estar na iminência de sofrer alguma violência contra a sua atual situação fática. Como se vê, o pedido, nos quatro casos, tem por objeto a posse, mas a causa de pedir pode ser a preexistência do fato possessório ou a inexistência dele e a existência do jus possidendi produzido por um título de natureza real ou obrigacional. Certamente, os dados científicos disponíveis ao tempo do Direito Romano, especialmente no campo, da processualística, não propiciaram a Savigny os conhecimentos que, agora, são do domínio dos juristas.

Rematando este subitem, salientamos que o art. 381 do CPC (LGL\1973\5) de 1939, sendo lei que a todos se impõe, deve ser interpretado pelo que nele se contém, nunca através de velhas reminiscências históricas de romanistas, ainda que sejam de figuras do tomo de Savigny e Cornil.

5.2.4 Como visto, só estamos nos ocupando de disposições de um Código ab-rogado, porque o que se encontra, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, sobre a imissão na posse, é o material que se elaborou a partir dos arts. 381 a 383 do CPC (LGL\1973\5) de 1939. Depois dele e na vigência do atual CPC (LGL\1973\5), virtualmente nada se fez a respeito do tema, senão a repetição de concepções mortas desde 1973.

Tal material se deixou envolver na ganga de disposições legais formuladas a um tempo em que não havia doutrina sobre a matéria e, além disso, as leis estado novistas se lançavam de inopino e sem debates prévios.

O que cabe, agora, é analisar o CPC (LGL\1973\5) vigente, com inteira abstração do entulho residual produzido ao tempo do antigo CPC (LGL\1973\5). Esta, a tarefa a que passamos a enfrentar.

5.3 A primeira observação, a ser feita, é a de que, se o CPC (LGL\1973\5) de 1939 instituiu, de um lado, a ação executiva, para a execução dos títulos extrajudiciais, e, do outro, a execução de sentença, o atual Código equiparou os títulos extrajudiciais à sentença, para fins de execução (art. 566 e ss.).

5.3.1 Note-se que o art. 625 encontra-se sob a epígrafe "Da Execução para a Entrega de Coisa" e sob o subtítulo "Da entrega de Coisa Certa".

A obrigação de entregar coisa certa é obrigação de dar, ainda que a doutrina se divida sob a questão de saber se o objeto de tal obrigação é a transferência do domínio ou a entrega de coisa certa. A dúvida perde aqui o interesse, porque o CPC (LGL\1973\5) fala, expressamente, da obrigação de entregar coisa certa. Em face da lei, não há espaço para especulações de caráter puramente teórico, como é a que acabamos de referir.

Claro, então, que o art. 625 cogita da execução de uma obrigação, correlata a um direito pessoal, não do domínio ou de um outro direito real.

5.3.2 Na sistemática do atual CPC (LGL\1973\5), a execução, como visto, tanto pode ser de uma sentença, ato judicial, quanto de um título extrajudicial. Ainda nesta linha de raciocínio, o exequente pode sê-lo de uma decisão do órgão jurisdicional ou de um ato bilateral ou unilateral de vontade, através do qual surjam de um lado, o sujeito ativo

(credor) e, do outro, o sujeito passivo (devedor) de um direito e de uma obrigação, respectivamente. Dito isto, torna-se oportuno reproduzir aqui o texto primitivo do art. 625: "Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á em favor do exeqüente mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou móvel".

Ao usar o substantivo exeqüente, a norma, na sistemática do CPC (LGL\1973\5), teria de aplicar-se tanto àquele que o fosse de sentença quanto ao que o fosse de título extrajudicial. Só não seria assim, se o preceito falasse de exeqüente de sentença.

Em face de hábitos oriundos do sistema do CPC (LGL\1973\5) de 1939, no qual o exeqüente teria de sê-lo apenas de sentença, a Lei 5.925/73, substituiu, no texto do art. 625, o substantivo exeqüente pelo substantivo credor.

Os termos credor e devedor originam-se da relação de crédito, que é específica da técnica do direito pessoal ou obrigacional.

Assim sendo, se velhos e maus hábitos poderiam afetar a interpretação da primitiva letra do art. 625, a superveniência da alteração de sua redação teria de espancar quaisquer dúvidas, primárias ou não, que, antes, pudessem ter ocorrido.

Agora, por todos os motivos expostos, não há espaço para a inteligência incorreta do preceito legal em análise. É inequívoco que o art. 625 referindo-se ao credor, prende-se ao campo do direito de natureza pessoal correlato à obrigação do devedor.

5.3.3 A conclusão, que acaba de ser formulada, não exclui, é óbvio, os casos de imissão na posse em execução de sentença ou de outra ordem judicial, como ocorre, p. ex., nas desapropriações (Lei das Desapropriações arts. 15 e 29, e Dec.-lei 1.075/70), na carta de arrematação oriunda de cédula hipotecária (§ 1.º do art. 37 do Dec.-lei 70/66) e, também, nos casos referidos nos arts. 879, I, e 998 do atual CPC (LGL\1973\5).

5.3.4 De outra parte, a mesma conclusão não se afeiçoa à opinião doutrinária ou jurisprudencial (RTJ, 90/486; RT, 477/101, 497/110, 503/75, 506/98, 515/226, 521/110, 522/192, 528/110; RJTJESP, 43/186, 60/113, 64/170; JTA, 38/422, 44/146; Bol. AASP, 843/172, 951/29), no sentido de que, sob a vigência do atual CPC (LGL\1973\5), subsiste a ação de imissão na posse, ainda que sem o caráter de processo especial e sob o rito ordinário, porque, de outro modo, haveria direito à imissão sem ação que o assegurasse, o que afrontaria o art. 75 do CC.

A tese que formulamos afirma a sobrevivência da imissão na posse, com base no art. 625, sob a forma de execução de título extrajudicial ou judicial. Claro, então, que a supressão da ação de imissão na posse não lesa o art. 75 do CC, uma vez que, ao direito à imissão, corresponde a execução da obrigação de entrega de coisa certa.

Conquanto desnecessariamente, observamos que a posição oposta, sem encontrar saída para a garantia de direito à imissão, teve de inventar uma ação não referida no CPC (LGL\1973\5) ora em vigor e sem qualquer menção legal aos respectivos requisitos. Aí está uma solução arbitrária, indiferente à técnica.

Coerentemente, aqueles que advogam a tese da sobrevivência da ação de imissão na posse, deveriam admitir, no entanto, por identidade de razão, que, não aludindo o CPC (LGL\1973\5) à ação executiva, esta sobreviveria sem o caráter de processo especial e com o rito ordinário. Registramos, por oportuno, que Pontes de Miranda doutrinou que "as ações de imissão na posse são, todas, ações executivas" (Tratado de Direito Privado, t. X, § 1.154).

Se a vontade abstrata da lei é a de obrigar o devedor a entregar uma coisa certa ao credor, o direito substantivo, que cria, é, obviamente, de natureza pessoal.

Tal direito pessoal pode ser realizado voluntariamente ou ser lesado. No último caso, o credor deverá ser amparado pelo órgão jurisdicional do Estado. O amparo, em princípio,

deve realizar-se através da ação própria. Dado, entretanto, que o art. 625 do CPC (LGL\1973\5) estabelece, para o caso, a forma da execução coativa, ao credor foi conferida arma mais forte do que a da ação de accertamento.

Como ensinou Henri de Page (*Traité Elementaire du Droit Civil Belge*, v. 3, n. 94), o fato de executar-se voluntária ou forçadamente uma obrigação não afeta a natureza jurídica dela, para transformar o direito correlato, de pessoal em real, uma vez que a obrigação é anterior à execução e permanece sempre a mesma: "L'exécution directe prime toujours, en règle. Nous venons de voir que l'exécution directe, in specie, ad rem ipsam, constitue le mode normal d'exécution des obligations, celui qui est en tous points conforme à la volonté des parties (puisque c'est telle prestation qui a été stipulée), volonté qui fait loi (Code Civ., art. 1.134). Ce principe, patent en matière d'exécution volontaire, n'est pas modifié en matière d'exécution forcée. Même lorsque le créancier doit contraindre son débiteur récalcitrant à l'exécution de son obligation, c'est l'exécution directe qui prime, et qu'il a le droit, et même iniquement le droit, de réclamer. Cela tient au fait que l'exécution forcée ne modifie pas le principe du droit du créancier. Elle ne fait qu'ajouter la faculté de contrainte manu militari, par l'assistance de la force publique, à un droit preexistant. Ce droit ne change pas de nature par ce fait. Il rest ce qu'il est; et le créancier a le droit de l'exercer comme tel, qu'il y ait exécution volontaire ou forcée". Discorremos sobre o tema em Da compra e venda - Promessa e Reserva de Domínio, n. 55.

Isto posto, se, o direito à entrega da coisa é de natureza pessoal, a execução, autorizada pelo art. 625, é da mesma natureza pessoal.

5.3.5 Pode ser que alguém haja esposado a tese que acabamos de desenvolver, mas o que é certo é que, na pesquisa que empreendemos, nada descobrimos a respeito.

Por isso, ousamos supor que realizamos uma construção nova e sem precedentes no Direito Romano, no direito comparado e no nosso direito. Já vimos que o interdito *adispiscendae possessionis* não se iguala num nome, nem na forma ou substância, à imissão na posse que os arts. 381 a 383 do CPC (LGL\1973\5) de 1939 instituíram e, menos ainda, na forma executória de título extrajudicial ou judicial que lhe confere o art. 625 do atual CPC (LGL\1973\5).

É essa a posição, pretensamente inédita, que submetemos à crítica dos doutos.

6. Proteção à pessoa do possuidor

6. Passamos agora à análise da última questão que decidimos enfrentar: a de saber se a posse é de natureza real ou pessoal e, na última hipótese, qual o sentido do qualificativo pessoal, no caso.

6.1 Savigny enfrentou o desafio que, como assinalou, ao seu tempo já era velho. Referindo-se àqueles que subdividem todos os direitos patrimoniais em direitos reais e direitos pessoais, professou que eles deveriam afastar da posse qualquer idéia de direito real. Em sua opinião, os interditos possessórios teriam de pertencer à teoria das obrigações *ex malefictis*, nascidas de um delito. Após reportar-se às fontes romanas, disse, à guisa de conclusão: "Os interditos possessórios pertencem, então, à teoria das obrigações, e a posse figura nela como condição indispensável aos interditos" (*Traité de la possession en Droit Romain - Versão francesa de Henri Sataedtler*, § 6.º). Fica assim claro que a lição de Savigny, repetida por Pothier, não viu na posse uma relação de crédito, na qual o devedor tem de realizar uma prestação (fazer, não fazer ou dar) em favor do credor. Se situou a posse no campo das obrigações, referiu-se à sua origem delitual, isto é, *ex malifictis*. É importante sublinhar-se esse aspecto, porque assim se prevenirão as querelas que se levantam a partir das obrigações que, no Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, inserem-se no Livro III de sua Parte Especial. Espanque-se o fantasma, pois, no pensamento savigniano, a posse, se transplantada para o campo do nosso Direito Civil, insinuar-se-ia mais do Título II (arts. 159 e 160) do Livro III da Parte

Geral do Código, cuja epígrafe é "Dos atos ilícitos". Logo se percebe a evidência de que não é a posse que se contamina pelo ilícito, senão a violência que, principalmente através da justiça pelas próprias mãos, contra ela se pratique. Em relação à obrigação oriunda do ato ilícito, foi que Savigny viu o direito do possuidor turbado ou esbulhado. Ao opinar sobre o fundamento da proteção possessória, Savigny sustentou que, sendo a posse um estado de fato, não mereceria, por si mesma, proteção. Só a recebe, todavia, em homenagem à pessoa do possuidor ou, mais precisamente, à vontade como projeção de sua pessoa. Protege-se o animus dominii, ou o animus rem sibi habendi contra a violência eventual, quer dizer, contra o ilícito. Por se tratar de proteção à pessoa, o direito é pessoal. Aí está o ponto decisivo: a aceção em que Savigny emprega o termo pessoal. Esta difere enormemente daquela outra aceção, adotada pelo Direito das obrigações, segundo a qual o direito é pessoal porque confere ao credor a prerrogativa de exigir do devedor uma prestação pessoal (fazer, não fazer ou dar).

6.1.1 A dupla, ou mesma tríplice, aceção do adjetivo pessoal, se não justifica, explica, pelo menos em certa medida, a perplexidade que, em doutrina e em jurisprudência, se apossou dos espíritos, até mesmo dos mais lúcidos. É fácil perceber que a posse não é relação de crédito, envolvendo uma prestação pessoal do devedor. Mas não se tem dispensado a conveniente atenção ao fato de que não é nessa aceção que os propugnadores da teoria da pessoalidade do fato ou do direito possessório usam o qualificativo. Se atentassem nisso, certamente teriam de empenhar-se na análise mais aprofundada da questão. Teriam, p. ex., de realizar a difícil tarefa da desmontagem, peça por peça, da sólida argumentação desenvolvida por Astolpho Resende, no artigo Da natureza jurídica das ações possessórias (RT 67/3).

6.1.2 Em decorrência da tese de Savigny, que adotamos, podemos entender que o que importa não é o fato da posse em si mesmo, mas, sim, a violência que se pratique.

6.1.3 Aqui, a vontade abstrata da lei é, portanto, a de que o possuidor, por ser uma pessoa, seja fisicamente respeitado, de tal modo que a sua destituição da posse não se opere por via da justiça de mão própria e somente se possa realizar por efeito de decisão do órgão jurisdicional do estado.

Assim sendo, o direito substantivo, no caso, é de natureza pessoal ou, como usam dizer civilistas lusos, pessoalíssimo, mas o qualificativo pessoal toma aqui um sentido diferente daquele em que é empregado na relação de crédito.

Se o direito substantivo é, nos termos supra, pessoal ou pessoalíssimo, a ação, que o protege, não pode ser de caráter real e será, como direito subjetivo, de natureza pessoal ainda que o adjetivo tenha agora um novo significado.

6.2 Deveríamos encerrar aqui este trabalho. Entretanto, o que se tem controvertido é o caráter pessoal em contraposição ao caráter real da posse e de sua proteção, matéria que para que se complete esta análise, não deve ser deixada à margem.

Já estabelecemos, no item II, a distinção entre ação real e a ação pessoal, em consonância com a distinção entre o direito real e o direito pessoal, pelo que não parece necessário repetir o que já foi exposto.

Acontece, todavia, que a controvérsia, em curso na doutrina e na jurisprudência brasileiras, tem girado, e continua a girar, em torno da aludida contraposição, circunstância que nos impõe o exame da matéria, no aspecto em que é debatida, mesmo sendo certo, para nós, que ela não reclama análise.

6.2.1 Se a realidade da ação imobiliária deriva, como visto, da realidade do direito, torna-se oportuno analisar esse ponto, no atinente à posse.

No item II, registramos o seguinte conceito, formulado pela Escola Clássica: "o direito real consiste no poder jurídico da pessoa sobre a coisa, oponível a terceiros".

O jus possessionis encerra um poder jurídico?

6.2.1.1 Antes de Savigny, definia-se a posse como sendo a possibilidade de dispor da coisa, inclusive fisicamente, e de defendê-la contra qualquer ação estranha.

A análise posterior, tanto a de Savigny quanto a de Jhering, também a de outros doutores, distinguiu na posse o fato físico (corpus) e a vontade (animus).

Precisando o próprio pensamento, Savigny diz que a detenção de uma coisa é um fato físico, correspondente ao fato jurídico da propriedade. Esta é um fato jurídico, porque é um direito, nascido de um título. Aquela é um fato físico, porque se configura independentemente de qualquer causa. Quem se encontra em condições de fazer da coisa o que lhe convém é detentor, mesmo que não tenha qualquer título legitimador de sua posição. A detenção, ou o corpus, erige-se em posse por efeito do animus possidendi, que é a vontade de possuir. Essa vontade pode existir em quem é proprietário (jus possidendi), i. é, em quem tem direito ou título, ou em quem sabe que a coisa é alheia (jus possessionis).

Jhering, conquanto contestasse a teoria de Savigny, admitiu também que a posse resulta da conjunção do corpus e do animus, mas os conceituou de outro modo. Quanto ao corpus, entendeu que é a visibilidade ou a exterioridade da propriedade. Não afirmou que ele, ou a própria posse, seja um poder jurídico sobre a coisa.

Jurídica, com efeito, não pode ser a própria aparência, aquilo que apenas parece ser, mas que pode não ser, e não é sempre que o possuidor não é proprietário e cria uma visibilidade em relação à coisa que sabe ser alheia. Logo se vê, então, que a posse, diferentemente da propriedade, não é um poder jurídico sobre a coisa.

6.2.1.2 Se é assim, por que a lei protege a posse?

A difícil questão transfere-se para o plano metajurídico, tal é o em que se situa o fundamento da proteção possessória. Para Savigny, como visto, protege-se a posse apenas para prevenir-se a justiça pelas próprias mãos, isto é, a violência física contra a pessoa que tem a possibilidade física de dispor da coisa, enquanto, para Jhering, a proteção possessória é necessária, porque a posse é um complemento da propriedade. Protege-se o estado de fato, sem se cogitar do direito dominial. Isto é necessário no interesse da própria propriedade, porque, de outro modo, o exercício da propriedade ficaria exposto a insuperáveis dificuldades. Tal sucederia, porque nem mesmo o proprietário pode provar imediatamente o seu direito. A posição de Jhering é política, no sentido de fundar-se na conveniência de livrar-se o proprietário, de ordinário o possuidor, do ônus de provar, a cada momento, que é titular do direito dominial e, por consequência, do jus possidendi. A posse não é protegida por ser um poder jurídico, mas por ser um fato que tem a aparência de propriedade. Chega-se, assim, ao ponto de proteger-se a posse do ladrão, contra o proprietário.

Parece-nos que a melhor justificação para a proteção possessória é a oferecida por Rudorff, quando afirma que se protege a posse no interesse da paz social, evitando-se que o proprietário faça justiça pelas próprias mãos, violentamente. Aí está, também uma posição política, que se baseia na conveniência da preservação da ordem pública.

Protege-se a posse à semelhança do que ocorre na ação policial que detém o perturbador da ordem, sem apurar se lhe cabe razão, ou não, matéria que terá de ser dirimida nas vias próprias. A decisão favorável ao possuidor, em ação possessória, não lhe assegura direito real. No juízo petitório, este pode ser reconhecido ao contendor do possuidor.

6.2.2 Feita a digressão, torna-se oportuno ver o art. 485 do CC: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade". Não se cogita no preceito daquele que tem de direito o exercício de algum dos poderes dominiais. Na ação possessória, não se declara ou atribui

direito ao possuidor. Reconhece-se a existência de um estado de fato, no qual é mantido ou reintegrado o possuidor turbado ou esbulhado por via da violência. Eliminada esta, o estado de fato se restaura, não porque o possuidor tenha direito sobre a coisa, mas, sim, porque a violência não é modo de se constituírem ou modificarem situações fáticas ou jurídicas.

Trata-se, entretanto, de restauração da posse em caráter provisório, i. é, até que seja decidido, em juízo petitório, ou através da exceção de domínio, quem tem o direito de possuir.

6.2.2.1 Aqui, chega-se ao punctum pruriens: se o possuidor tivesse um direito, qual seria o conteúdo desse direito?

Certamente, não é o direito de possuir. É, apenas e tão-somente, o de não sofrer violência, por efeito da justiça de mão própria. É o mesmo direito à incolumidade de que é titular qualquer pessoa física. Não é o direito sobre a coisa, o jus in re propria ou o jus in re aliena. Não, não é. Trata-se apenas de proteção à pessoa do possuidor, contra a violência.

Procedentes estas considerações, o direito real, no caso, exclui-se até mesmo conceitualmente.

6.2.2.2 Poder-se-ia suspeitar até de que o jus possessionis se relacionasse, em termos, com a garantia constante do inciso XXXIV do art. 5.º da CF (LGL\1988\3), in verbis: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", ou com a garantia norte-americana ao due process of law.

Vista a proteção legal à posse como uma espécie de garantia individual, contra a violência à pessoa do possuidor, a natureza pessoal do direito de posse mais uma vez emergirá. Não há poder sobre a coisa, jus in re. Não se configura, tolere-se a insistência, o direito real.

6.2.2.3 Não podemos aderir à douta lição de Orlando Gomes (Direitos Reais, n. 15) no sentido de que "o que importa para caracterizar a este (o direito real) é o fato de se exercer sem intermediários". A questão, aí, resolve-se com a própria questão. Com efeito, o que se quer saber é se a posse é direito real. Se o mestre baiano afirma que, na posse, é exercido o direito real, ele se perde em uma petição de princípio. A lei não atribui ao possuidor sem título o direito de possuir, o jus possidendi. Este depende de título, que lhe falta. A lei apenas reconhece que, conquanto sem título, constitui-se uma situação de fato, não de direito, e que, uma vez que esta existe, o possuidor tem o direito de não ser fulminado pela violência. Vista assim a questão, torna-se claro que não se apresenta o problema da ausência da intermediação de uma outra pessoa, como sujeito passivo determinado, que somente caberia se o possuidor sem título tivesse jus in re, poder jurídico sobre a coisa.

Não podemos aceitar, ainda, a lição do agora pranteado civilista quando doutrina: "O direito do possuidor se exerce erga omnes. Todos são obrigados a respeitá-lo". Não é bem assim. O que todos são obrigados a respeitar é a pessoa do possuidor, como também devem respeito a toda e qualquer pessoa. Não é um direito sobre a coisa, que, aliás, simplesmente não existe. É o respeito a um fato cujo desfazimento atingiria a pessoa do possuidor não-titulado. Por que se respeita a posse do ladrão? Porventura será porque ele é titular de direito sobre a coisa? Evidentemente, não. Respeita-se-lhe a detenção, porque pode dar-se o caso de que ele não seja ladrão, questão dependente de maior indagação. Em suma, não há oponibilidade do direito do possuidor a todas as demais pessoas, até mesmo porque, no sistema do nosso Direito positivo, tal eficácia erga omnes dependeria da inserção de algum título no Registro de Imóveis, para que ele pudesse ser oposto às alienações ou onerações posteriores, i. é, a atos jurídicos ou contratos que, não houvesse a oponibilidade, não poderiam afetar o direito real titulado e registrado. No tocante à posse, simples estado de fato, não titulado nem registrado, seria inconcebível tal oponibilidade. A questão do respeito à pessoa do possuidor, ou ao

fato em que ela se envolve, é evidentemente outra.

6.2.2.4 Constituiria demasia a reedição, aqui, de quanto foi dito no item II, a propósito da distinção entre o direito real e o direito pessoal. Nem seria necessário relembrar que a posse não figura entre os direitos reais elencados no art. 674 do CC.

6.2.2.5 O dissídio doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema é conhecido. Limitamo-nos ao registro, aqui, de algumas decisões dos Tribunais sobre a natureza jurídica do jus possessionis, que não se pode confundir com o jus possidendi. Em favor do caráter pessoal da posse, v.: RT, 72/429, 104/145, 116/617, 142/607, 166/255, 187/307, 188/273, 217/179, 407/130, 429/268, 445/243, 453/78, 460/144, 473/82; Jurisp. Brasileira, v. 6.º/57, 62 e 284, RF 115/116 e 178/216. Em favor do caráter real, v.: RT, 491/71, 513/138, 515/95, 530/79; Jurisp. Brasileira, 6.º/40, 43, 62, 251, 252, 267, 363; RE, 265/321 e 280/240.

Conquanto desnecessariamente, registramos que tal dissídio põe em confronto apenas aqueles que discutem a posse em face da contraposição do direito real ao direito pessoal, entendido este último como derivado de uma relação de crédito.

6.3 Do exposto, decorre que a nossa posição, na difícil polêmica, teria de definir-se em relação a posse sem título e enquanto simples fato: a) não é direito real; b) não é direito pessoal na dicotomia direito real x direito pessoal, que se assenta na relação de crédito; c) é direito pessoal em uma outra acepção, todavia, ou seja, enquanto garantia à pessoa do possuidor, contra a violência de sua destituição, pela força, do estado de fato que perdure por mais de um ano, fazendo supor o conhecimento e a paciência do proprietário.