

O fundamento da proteção possessória

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O problema do fundamento da proteção possessória. 3. As concepções de Savigny e de Jhering. 4. Apreciação crítica. 5. A proteção da posse e a Friedentheorie.

1. Introdução

Freqüentemente, o estudo da posse tem sido dominado por uma atitude de pessimismo, quase fatalista, iniciando-se por advertências a respeito dos inúmeros obstáculos, aparentemente insuperáveis, que oferece.

Afirma Ruggiero, por exemplo, ser

“o conceito de posse [.....] aquele em volta do qual mais se cansaram, em todos os tempos, as mentalidades dos juristas; não há doutrina que, mais do que esta, apresente dificuldades em todos os seus pontos, a começar nas que respeitam às suas origens históricas, ao fundamento racional de sua proteção, à própria terminologia, e assim por diante, até a sua construção teórica, aos elementos que a compõem, ao objeto, aos efeitos, aos modos como se adquire e se perde”¹.

No mesmo tom, inicia Stolfi a sua obra: segundo ele,

“um dos temas mais tormentosos e difíceis da dogmática é sem dúvida a posse, o que deriva substancialmente de duas causas principais. Em primeiro lugar, a diversidade dos conceitos que dela tiveram os vários legisladores: a

Carlos David S. Aarão Reis é Juiz Federal (aposentado)

¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução Ary dos Santos. São Paulo : Saraiva, 1958. v. 2, p. 597/598: Direitos de família, direitos reais e posse.

posse do Direito Romano é bem diversa daquela acolhida no Direito Canônico e daquela dos códigos modernos. Em segundo lugar, seja em razão de tal diversidade, seja porque as fontes romanas são amiúde contraditórias, seja porque os escritores quiseram fazer metafísica, mais que ocupar-se da interpretação das normas positivas, produziu-se uma variedade de doutrinas, tão complexas como conspícuas, que certamente não contribuíram para pôr ordem na matéria”².

Os juristas italianos mencionados escreveram no século XX, mas esse comportamento já era corrente no final do século XVIII e inícios do século XIX. Por isso, ao começar sua célebre monografia, Savigny lembra que os autores, ao se ocuparem da posse, começam geralmente por se queixar das dificuldades extremas apresentadas por essa matéria; alguns estão de boa-fé e perdem completamente a coragem; na maioria, acrescenta (não sem uma dose de ironia), é apenas um elogio antecipado de seu trabalho³.

Certamente, a posse é uma das questões mais árduas e trabalhosas do Direito Civil. Seria até temerário insinuar tratar-se de um assunto trivial, a ser resolvido com algumas considerações ligeiras. Tanto que um escritor alemão a ela atribuía um caráter quase de adivinhação, um “enigma insolúvel” (*unlosbares Rätsel*), escrevendo que o problema do *animus possidendi* lhe parecia tão insolúvel como a quadratura do círculo⁴. Mas, por um lado, não existem problemas científicos fáceis e, por outro, as dificuldades suscitadas pelo tema decorrem, em parte, da inclusão no seu estudo de noções estranhas ao Direito Civil propriamente dito.

Basta lembrar que a análise da proteção possessória judicial, a discussão sobre as ações ou interditos possessórios e seu procedimento, situa-se mais no âmbito do Direito Processual⁵.

² STOLFI, Nicola. *Il possesso e la proprietà*. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926. p. 1-4.

³ SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Traduit par Henri Staedtler sur la 7. ed. originale. 3. ed. rev. et corr. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1879. p. 1-2.

⁴ MEISCHEIDER apud FINZI, Enrico. *Il Possesso dei Diritti*. Ristampa della prima edizione. Milano : Giuffrè, 1968. p. 23 e nota 8.

⁵ O Código Civil continha disposições processuais a respeito dos interditos possessórios, mas isso se explica pela situação constitucional da época. A

Sobretudo, as teorias mais conhecidas sobre posse, as de Savigny e de Jhering, provavelmente as concepções mais difundidas entre todas de Direito Civil, foram elaboradas com fundamento no Direito Romano. Ambos os civilistas escreveram no século XIX e, à época, o Direito Romano era Direito Comum na Alemanha, em virtude da Recepção ocorrida nos séculos XV e XVI⁶.

Mencione-se, ainda, que a disciplina da posse nos códigos civis atuais resulta de uma longa evolução histórica. Aos elementos de Direito Romano, juntaram-se os de Direito Canônico e de Direito Germânico, no qual a *Gewere* era conceito correspondente à *possessio* romana, mas não exatamente igual, com traços peculiares. O Direito da Posse atual, escreve Heinrich Mitteis, continua sendo uma mistura de idéias jurídicas romanas e alemãs, na qual preponderam as últimas⁷.

Constituição de 1891, vigente na ocasião da entrada em vigor do Código, atribuía às unidades da Federação o poder de legislar sobre matéria processual (art. 34, 23º). Dada a necessidade de manter alguma uniformidade na disciplina da proteção judicial possessória, algumas regras a ela relativas constavam da legislação civil, federal.

⁶ O Direito Romano vigia na Alemanha como Direito subsidiário (v. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. v. 1, p. 5, § 2º), constituindo a base comum da ciência jurídica alemã. Sobre a Recepção, v. BELOW, Georg von. *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*. Neudruck der Ausgabe München 1905. Aalen : Scientia, 1964; KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1955. p. 217 e seg.; DAHM, Georg. *Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960 e WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução A.M. Botelho Hespanha. Lisboa : Gulbekian, 1980. p. 97 e seg.

⁷ MITTEIS, Heinrich, LIEBERICH, Heinz. *Deutsches Privatrecht : ein Studienbuch*. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 5. durchgesehene und ergänzte Afl. München : C.H. Beck, 1968. p. 76, cap. 26. Ao se referir a idéias jurídicas alemãs, quer o autor mencionar as do Direito Germânico, não do Direito Positivo alemão. No mesmo sentido, FUNAIOLI, Carlo Alberto. *La Tradizione*. Padova : CEDAM, 1942. p. 117: “Norme di origine romana e conquiste della pratica intermedia, di fronte ai nuovi bisogni, e influssi germanici e canonistici si sovrappongo nel possesso moderno”. Sobre a *Gewere*, a cujo respeito existe uma imensa

Apesar dos obstáculos ou mesmo por sua causa, a posse tornou-se um dos conceitos mais dissecados do Direito Civil. Mesmo assim, seu exame sempre pode oferecer aspectos novos, desenvolvendo-se as noções já investigadas. Tal como os estudos históricos, aos quais se referia Savigny, questões científicas, dignas deste nome, não se deixam esgotar nem resolver de uma maneira definitiva, até o ponto em que não seja possível nenhum progresso, nem em mil anos⁸.

2. O problema do fundamento da proteção possessória

A posse sobre uma coisa é juridicamente protegida com abstração de seu fundamento, independentemente de qualquer relação jurídica ou direito subjetivo. Ao se defender a posse, não se indaga do título do possuidor, da razão de ser de sua posição, ela é protegida em si mesma e por si mesma.

“Este estado de fato pode ou não corresponder a um direito da pessoa que exerce o poder sobre a coisa; é tomado em consideração só por si e, sob determinadas condições, é por um lado tutelado pelo ordenamento jurídico e produz, por outro lado, efeitos vários [.....] a relação em que o homem está com as coisas do mundo externo destinadas a satisfazer suas necessidades pode conceber-se por dois modos substancialmente diversos: a) como uma relação de poder geral ou particular, juridicamente regulamentado [.....] b) ou como uma relação meramente de fato, na qual o homem se aproveita, no todo ou em parte, da coisa posta sob seu poder, e que é protegido em si e por si, indepen-

dentemente da legitimidade objetiva daquele poder [.....]”, nas palavras de Ruggiero⁹.

Dito de outra maneira, a proteção possessória é conferida indistintamente a qualquer possuidor, sendo irrelevante sua qualificação jurídica; protege-se o proprietário e o ladrão, o locatário e o usurpador.

Tais afirmativas merecem reflexão porque, aparentemente, uma está em contradição com a outra. Como proteger, simultaneamente, o titular de um direito e seu violador? Na indagação de Jhering,

“[.....] como o Direito, que condena o roubo e o furto, pode reconhecer e proteger seus frutos na pessoa de seus autores? Não significará isso promover e aprovar de um lado o que repele e persegue do outro?”¹⁰.

Não parecerá que a mão direita não sabe o que faz a mão esquerda?¹¹ Objeto das mais vivas controvérsias, tema considerado por vezes filosófico e não jurídico, no particular Jhering estava certo, ao afirmar não ser

“o interesse da questão de modo nenhum meramente jurídico-filosófico ou de índole legislativo-política, como poder-se-ia estar inclinado a acreditar à primeira vista. (Ela tem) uma importância dogmática considerável e, espero demonstrar adiante, que não apenas a correta compreensão da teoria romana da posse depende inteiramente da resposta certa à questão, mas também que ela mesma conduz a resultados práticos”¹².

Com efeito, mesmo abstraindo-se esta consequência, sem o entendimento da razão de

bibliografia, v. entre outros, o escritor alemão citado, PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho Privado Germanico* = Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Traducción Carlos Melon Infante. Barcelona : Bosch, 1957. p. 154-161 e 180-181; AMIRA, Karl von , ECKHARDT, Karl August. *Germanisches Recht*. 4. Afl. ergänzt von Karl August Eckhardt. Berlin : Walter De Gruyter, 1967. v. 2, p. 105, § 40 e HÜBNER, Rudolf. *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*. 3. durchgesehene Afl. Leipzig : A. Deichert, 1919. p. 162-181, §§ 28 e 29, p. 351-353, § 57. V. Também ALVES, J.C. Moreira. *Posse* : introdução histórica. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p. 74 e seguintes.

⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3. Afl. Heidelberg : Mohr, 1840, p. 122.

⁹ RUGGIERO, op. cit., v. 2, p. 598-599.

¹⁰ JHERING, Rudolf. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Mauke, 1868. v. 9, p. 3: Beiträge zur Lehre vom Besitz. No mesmo ano, saiu em separata, sem alteração de título e, no ano seguinte, sob o de *Über den Grund des Besitzschutzes* (Sobre o fundamento da proteção possessória), aumentada e com algumas modificações. Há uma tradução francesa, nos *Études complémentaires de L'esprit du Droit Romain – fondement des interdits possessoires*. Traduit O. de Meulenaere. 2. ed. Paris. A. Maresq ed. MDCCCLXXXII (v. CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Estudos Jurídicos e de História*. Rio de Janeiro : Barrister's, 1987. p. 155, onde se contém estudo sobre Rudolph von Jhering (p. 149-163).

¹¹ “Mas, quando dás esmola, não saiba a tua esquerda o que faz a tua direita”, Evangelho segundo São Mateus, VI, 3.

¹² JHERING, op. cit., p. 3-4.

ser da proteção possessória, ela surge apenas como produto do capricho individual, do arbítrio de um legislador ou do humor subjetivo.

O autor da conferência vienense *Der Kampf um's Recht* agrupa as teorias, que procuram explicar o motivo da proteção possessória, em duas classes, em relativas e absolutas. As primeiras encontram-no em noções estranhas à posse, as segundas no próprio instituto. Aquelas “procuram o fundamento da proteção fora da posse, mesmo em instituições, princípios jurídicos, considerações de natureza geral, que a ela não somente servem, mas não lhe são particulares”. Estas “vêm o fundamento da proteção possessória na própria posse. A posse tem que ser protegida em virtude dela própria”¹³.

Entre as teorias relativas estão as de Savigny e de Rudorff; entre as absolutas a do próprio Jhering e somente estas serão examinadas neste trabalho, dada a sua importância, pela sua repercussão. Pois muito embora tenham sido formuladas a partir do Direito Romano,

“perderam seu caráter regional e histórico para universalizar-se, servindo de fundamento à codificação moderna e suscitando adesões ou repulsas no terreno da pura doutrina”,

importando menos o seu estudo à luz da fidelidade ou erro diante daquele Direito¹⁴.

3. As concepções de Savigny e de Jhering

Savigny fundamenta a proteção da posse na interdição da violência contra a pessoa, na defesa da personalidade. Para ele, a posse considerada em si mesma é apenas um fato, mas fato produtor de conseqüências jurídicas, o *jus possessionis*. Assim ela seria ao mesmo tempo fato e direito: em si mesma, um fato; pelos seus efeitos, assemelha-se a um direito¹⁵. Portanto,

“não constituindo em si mesma um direito, a sua turbação não é, a rigor, a violação de um direito; só poderia sê-lo quando se violasse, ao mesmo tempo, a posse e um direito qualquer. Ora, é isto que acontece quando a turbação é resultado da violência: toda violência, com efeito, é contrária ao Direito, e é contra esta ilegalidade que se dirige o interdito”¹⁶.

¹³ Ibidem, p. 4.

¹⁴ NOVILLO CORVALAN. In: SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino – derechos reales*. 4. ed. atualizada por Sofanor Novillo Corvalan. Buenos Aires : Tipografica Ed. Argentina, 1951. v. 1, p. 347, n. 404 a.

¹⁵ SAVIGNY, op. cit., p. 21, § 5.

¹⁶ Ibidem, p. 6-7, § 2.

Posteriormente, acrescentou algumas observações sobre o assunto.

“Este motivo se encontra na relação existente entre o fato mesmo da posse e a pessoa que possui; a inviolabilidade desta protege a posse contra qualquer turbação que tenha como efeito atingir, ao mesmo tempo, a pessoa. É a pessoa como tal que deve estar ao abrigo de toda a violência, pois que em face dela a violência é sempre contrária ao Direito”¹⁷.

Na aparência, neste ponto específico, Savigny teria sido influenciado pelo personalismo ético kantiano. Entretanto, no estado atual das investigações, seria impossível afirmá-lo definitivamente¹⁸.

Já Jhering, mais prolixo, dada a conexão desse tema com sua idéia da posse em si mesma, utiliza imagens militares para explicar a proteção possessória como se fosse uma primeira linha de defesa da propriedade, uma espécie de sua posição avançada, uma trincheira na vanguarda, no perímetro externo de um campo fortificado.

“A proteção da posse como exteriorização da propriedade é o complemento necessário da proteção da propriedade destinada a facilitar a prova (em favor) do proprietário, mas que necessariamente também serve ao não proprietário”¹⁹.

Ainda mais enfático, afirma que

“a proteção da propriedade postula a proteção possessória, esta é o complemento indispensável do sistema romano de propriedade”²⁰.

¹⁷ Ibidem, p. 33, acréscimo ao § 6.

¹⁸ Landsberg pronuncia-se contra tal influência em toda a teoria possessória de Savigny, lembrando mesmo a antipatia deste relativamente a Kant (LANDSBERG, Ernst. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München und Berlin : R. Oldenbourg, 1910. 3. Abteilung, 2. Halbband, p. 96, nota 16: v. também para esta atitude do jovem Savigny, ZWILGMEYER, Franz. *Die Rechtslehre Savignys*. Leipzig : Theodor Weicher, 1929. p. 40-41. Solari, que encontra traços kantianos em outros pontos do *Recht des Besitzes*, neste tema escreve que a justificação da proteção possessória mediante a defesa da personalidade era perfeitamente lógica nos jusnaturalistas e em Kant, mas mal se compreende em Savigny, para o qual ela tem valor de fato (SOLARI, Gioele. *Storicismo e Diritto Privato*. Torino : Giappichelli, 1971 (ristampa), p. 76-78.

¹⁹ JHERING, op. cit., p. 44. O autor não emprega a expressão “posição avançada”, encontrada na tradução francesa (p. 42 desta).

²⁰ Ibidem, p. 46.

Pode-se designar a posse como uma “posição da propriedade”, como um fortim ou baluarte da propriedade. Não por causa dela própria, mas sim por causa da propriedade. Na posse, defende-se o proprietário contra as primeiras tentativas de ataque ao seu direito, nesse terreno não se trava uma batalha decisiva sobre a propriedade, mas uma mera escaramuça, um combate em postos avançados, no qual, se posso prosseguir na comparação, não se precisa de artilharia pesada, mas sim de armas leves – contra ladrões e roubadores, ninguém se defende com canhões!²¹ Ainda com imagem tirada dos assuntos da guerra, escreve Jhering: “A ação possessória mostra-nos a propriedade na defensiva, a ação petítória, a propriedade na ofensiva”²².

Dessa maneira, a proteção possessória pode se voltar contra o proprietário, a quem busca beneficiar, mas Jhering aceita e explica tal efeito.

“Portanto, por causa da propriedade foi introduzida a proteção possessória. Mas não se pode dispensá-la ao proprietário sem que, ao mesmo tempo, o não proprietário dela participe. Pois, reduzindo-se a prova verdadeiramente necessária da propriedade à demonstração de sua mera exteriorização, esta facilitação probatória serve aquele que pode demonstrar este pressuposto na sua pessoa. Com isso, a posse adquire autonomia e independência perante a

²¹ *Ibidem*, p. 52. A publicação destas “Contribuições” ocorreu em 1868, quatro anos depois da libertação do Schleswig-Holstein (pela qual Jhering, nascido na Frísia oriental, se interessara intensamente, sacrificando por ela energia de trabalho e bens, WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*. 3. neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951. p. 640), dois anos após a Guerra Austro-Prussiana e outros dois antes da Guerra Franco-Prussiana, culminando com a unificação alemã. Talvez o ambiente da época favorecesse esta espécie de comparação marcial.

²² JHERING, Rudolf von. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Gustav Fischer, 1893. B. 32: Der Besitz. (Neue Folge, XX B.), p. 59. Trata-se de verbete anteriormente escrito para o *Handwörterbuch* de Edgar Loening e reproduzido nos *Jahrbücher*, traduzido para o português com o título modificado de *Teoria Simplificada da Posse*, v. CÂMARA, José Gomes B., op. cit., p. 162. A partir de agora, as obras de Jhering serão citadas entre parênteses, após o nome do autor, a primeira abreviada *Beiträge*, a segunda, *Besitz*.

propriedade, que tornam possível, em vez de servir exclusivamente a esta, também inversamente volver-se contra ela. Este mesmo serviço, que a posse presta ao proprietário possuidor, protegê-lo de modo mais fácil contra o não possuidor, manifesta-se também (em favor) do não proprietário possuidor contra o proprietário não possuidor [.....] Para os defensores desta opinião, esta relação é a finalidade da posse, para mim uma consequência inevitável dela, o preço que a lei tem que pagar para proporcionar ao proprietário a mencionada proteção facilitada da propriedade”²³.

Enfim, trata-se de consequência involuntária, não desejada pelo legislador, embora inevitável²⁴. Os efeitos desse gênero nos institutos jurídicos, os quais ultrapassam a finalidade, para a qual foram legalmente calculados, podem ser qualificados [.....] como efeitos inconvenientes que o legislador tem que suportar (como) a chuva, que (cai) sobre injustos e em parte sobre justos²⁵.

Como observa Windscheid, a teoria de Jhering, mais que apresentar um novo fundamento para a proteção da posse, deu-lhe apenas uma outra expressão²⁶. Persiste nela a antiga tendência de basear a proteção possessória em outro direito subjetivo – o de propriedade –, apresentando semelhanças marcantes com a idéia dos glosadores da posse como *imago domini*²⁷ ou como presunção da propriedade, corrente entre escritores franceses anteriores e posteriores ao Código Napoleão. Para Domat, por exemplo, da ligação natural entre a posse e a propriedade resulta a presunção de que o possuidor é proprietário²⁸. Zachariae e Crome, embora alemães, invocam Pothier e, com apoio no art. 2230 daquele Código²⁹, sustentam que

²³ JHERING, op. cit., (*Beiträge*), p. 52-53.

²⁴ JHERING, op. cit., (*Besitz*), p. 62.

²⁵ *Ibidem*, p. 61. Embora a ele não se refira, Jhering menciona neste trecho um versículo bíblico: “Deste modo sereis filhos do vosso Pai que está nos céus, o qual faz nascer o sol sobre maus e bons, e manda a chuva sobre justos e injustos” (Evangelho segundo São Mateus, versículo 45).

²⁶ WINDSCHEID, op. cit., v. 1, p. 744, nota 6, § 148.

²⁷ FUNAIOLI, op. cit., p. 125, nota 3.

²⁸ Apud ALVES, J.C. Moreira, op. cit., v. 1, p. 250, n. 39.

²⁹ “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre”.

a tutela possessória se funda sobre uma presunção de fato, sobre a probabilidade do domínio ou do direito possuído³⁰, frisando já aparecer tal teoria entre os glosadores, tendo sido reproduzida por Jhering³¹.

“O que a lei protege e garante é bem menos a própria posse do que o direito provável de propriedade ou de servidão, do qual aquela faz supor a existência”, escrevem Aubry e Rau³². O fato de possuir, assinala Folleville, sendo ordinariamente atributo e manifestação do direito de propriedade, estabelece sempre uma presunção fortíssima em favor da existência e da legitimidade do direito daquele que possui³³.

Mais recentemente, Finzi assinalou não serem originais os conceitos em Jhering, pois quando ele escreveu, a noção de aparência de direito, de *Gewere*, estava sendo elaborada há muito pelos germanistas e mesmo outros escritores, como Windscheid, Goldschmidt e Bekker empregavam expressões similares.

“Ser a posse a defesa avançada da propriedade, uma defesa autônoma da propriedade aparente, se entrelaça necessariamente com os antecedentes germânicos e sobretudo com a teoria de Albrecht”³⁴.

³⁰ LINGENTHAL, Zachariae, CROME, Carlo. *Manuale del Diritto Civile Francese* di Zachariae von Lingenthal rimangiato da Carlo Crome. Traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi. Milano: Società Editrice Libreria, 1907. v. 1, p. 425, § 157.

³¹ LINGENTHAL, CROME, op. cit., p. 425, nota 2.

³² AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français*. 5. ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1897. v. 2, p. 108, § 177.

³³ FOLLEVILLE, Daniel de. *Traité de la Possession des Meubles et des Titres au Porteur*. 2. ed. avec la collaboration de Jules Lonfier. Paris: A. Marescq, 1875. p. 2. Nas 3ª, 4ª e 5ª edições do *Recht des Besitzes*, Savigny chegou a admitir esta presunção, mas declara tê-la abandonado. Em aditamento à 7. ed. escrevia: “Cette présomption n’est pas précisément erronée en elle-même, puisque certes la majeure partie des possesseurs ont effectivement le droit pour eux” (SAVIGNY, op. cit., p. 34, nota 1).

³⁴ FINZI, Enrico, op. cit., p. 138-140 e 167. Windscheid referia-se à posse como *tatsächliche Abbild des Eigentums* (“imagem de fato de propriedade”), op. cit., v. 1, p. 749, nota 5, § 149. Nesta edição o pandectista cita Scheurl (a posse é a “forma visível”, *sichtbar Gestalt*, da propriedade), mas não na 3. ed. de 1873 (v. WINDSCHEID,

Considerando o teimoso modo de pensar do mestre de Göttingen, que dificultava a aceitação de pensamentos alheios³⁵, não é improvável tenha ele, ao menos inconscientemente, adotado idéias já em voga no seu tempo.

4. Apreciação crítica

A concepção de Savigny não pode ser aceita porque genérica demais, excessivamente ampla. Afinal a própria existência da ordem jurídica fundamenta-se na necessidade de controle social independente do arbítrio subjetivo de cada um. Impede-se, assim, a prática da violência contra qualquer pessoa, mesmo que mediante a privação da posse de uma coisa. Dito de outra maneira, a teoria savigniana serviria como explicação do fundamento da maior parte dos institutos jurídicos. Se contém alguma verdade, permaneceu incompleta, dela não foram tiradas todas as consequências.

“Prescindindo do direito romano e considerando a concepção de Savigny em pura teoria, vê-se que, se não alcançou toda a verdade, foi porque se deteve demasiadamente na arbitrariedade e injustiça à pessoa, e não na perturbação da ordem social, motivo mais imperioso da instituição dos interditos”³⁶.

Só posteriormente, com Rudorff, ter-se-ia o indispensável complemento da concepção.

Dado o utilitarismo de Jhering, a sua preferência por questões de importância prática³⁷, a sua teoria pode ser explicada dessa perspectiva (aliás, ele próprio declara expressamente não cuidar do fundamento jurídico-filosófico da proteção possessória, mas sim do motivo da proteção da posse no Direito Romano)³⁸. Certamente, ela tem o mérito de ressaltar a utilidade prática da proteção possessória para a defesa da propriedade (como sua concepção de direito subjetivo teve o valor de sublinhar o conteúdo do direito, o interesse protegido). De fato, na maioria das vezes, o

Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Afl. 2. Abdruck. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1873. v. 1, p. 408, nota 1, § 149).

³⁵ WOLF, Erik, op. cit., p. 626.

³⁶ NOVILLO-CORVALAN, op. cit., p. 350.

³⁷ Em carta datada de 5 de abril de 1844, ele escrevia: “Acolhi apenas dissertações que tem um interesse prático”, apud WOLF, Erik, op. cit., p. 616, nota 17.

³⁸ Na obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 323, como lembra WINDSCHEID, op. cit., v. 1, p. 743, § 148, nota 6.

possuidor também é o proprietário, utilizando-se da proteção da posse – e não da específica da propriedade – por razões de conveniência. Mas, atualmente, a razão apontada por Jhering, facilitar a prova da propriedade, perdeu grande parte de sua substância. Em matéria imobiliária, aquela prova não constitui mais uma *probatio diabolica* com a existência do Registro de Imóveis. Praticamente, escreve Hedemann com certo exagero, mas também com alguma dose de verdade, a proteção possessória, especialmente por via da ação, raramente tem uma importância considerável: na grande maioria dos casos, o possuidor é, ao mesmo tempo, proprietário e então lhe cabem paralelamente os meios de defesa da propriedade, muito mais fortes que os da posse³⁹. Mesmo em se cuidando de móveis, com a multiplicação dos registros da propriedade mobiliária de bens dotados de maior valor econômico (navios, aeronaves), a prova tornou-se mais fácil para o proprietário. Portanto, a proteção possessória continua servindo ao proprietário, mas com menor intensidade, nos casos de dificuldade de prova da propriedade (o próprio Jhering sublinhava a sua importância para a propriedade móvel)⁴⁰ ou pela eficiência maior dos meios de defesa da posse.

No entanto, se a concepção de Jhering está correta, é apenas do ponto de vista *prático*. Apontar uma finalidade prática de um instituto jurídico ainda não é revelar o seu próprio fundamento. Nada impede que o legislador, organizando melhor a proteção da propriedade, atribua maior eficiência aos meios de defesa da propriedade. Mesmo assim, ainda que atendido esse aspecto prático, restará questão do fundamento da proteção possessória. Mesmo na hipótese de ser dotada a propriedade de meios mais eficientes de defesa, ainda assim persistirá o problema da proteção possessória, que necessita de um fundamento ético-social e não meramente utilitário. Porque de qualquer modo é preciso proteger a situação fática, independentemente de qualquer direito

subjetivo para impedir a vingança privada, evitar as vias de fato, assegurando a paz social.

5. A proteção da posse e a *Friedenstheorie*

Segundo Rudorff, o fundamento da proteção possessória não está na própria posse, mas sim em outro fator. Conforme o aluno e colaborador de Savigny, tal proteção foi uma das primeiras tentativas feitas para impedir que se fizesse justiça pelas próprias mãos, *ne cives ad armas veniant*. Sua razão de ser consiste em evitar perturbações da ordem e da paz públicas. Como é preciso impedir que essa perturbação alcance seu objetivo, há necessidade de manter ou de restabelecer a posse⁴¹. A turbação da posse é um atentado contra a ordem jurídica⁴².

Posteriormente, a concepção de Rudorff foi retomada por outros civilistas alemães, com a denominada *Friedenstheorie*, teoria da paz. O fundamento da proteção possessória, em primeiro lugar, consiste no interesse da generalidade das pessoas e do Estado na conservação da paz jurídica.

“O fundamento da proteção possessória encontra-se no interesse da sociedade em que os estados de fato existentes não sejam destruídos com o uso da própria força, mas sim segundo as vias legais, se contrariarem o Direito. A proteção da posse é proteção da paz geral, reação contra a realização do próprio direito pelo lesado, não tolerada pelo convívio ordenado. Não se pode alcançar o Direito pelo torto”, escreve Martin Wolff⁴³.

Contra a *Friedenstheorie*, alegou-se que ela relegaria a posse ao campo do Direito Penal; a violação dos direitos do Estado acarretaria uma pena e não a restituição da coisa ao estado anterior, observa Stolfi⁴⁴. Embora admitindo a existência de interesses públicos em evitar perturbações da posse, Heck vê seus efeitos nas normas de Direito Público, de Direito Penal ou de Direito Administrativo. Na proteção de Direito Privado da posse, os interesses da generalidade das pessoas não participam tão intensamente como na proteção da propriedade.

³⁹ HEDEMANN, J.W. *Derechos Reales*. Traducción José Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955. p. 66.

⁴⁰ JHERING, op. cit. (*Besitz*), p. 59: “[.....] exigir também a prova da propriedade, na defensiva, significaria que todo aquele, que não está em situação de apresentar prova daquela – acredito poder dizer, em muitos casos, a maioria [em se tratando] de coisas móveis – está fora da lei, qualquer um pode privá-lo de sua propriedade”.

⁴¹ Apud SAVIGNY, op. cit., p. 40, § 6.

⁴² Apud JHERING, op. cit. (*Beiträge*), p. 5.

⁴³ WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 12/14 Afl. 4. Bearbeitung. Marburg: Elwert, 1921. 2. B., 1 Abt. (Sachenrecht), p. 41-42, § 17.

⁴⁴ STOLFI, op. cit., p. 34, n. 40.

“O interesse imediatamente protegido é o interesse privado do possuidor em conservar a coisa na sua própria esfera de interesses”⁴⁵.

Ao se afirmar ser a proteção possessória indispensável à manutenção da ordem pública, da “paz jurídica”, não se conclui corresponder a esse interesse um “direito” do Estado em punir eventuais violações da posse. Trata-se de apontar o motivo legislativo daquela proteção, não de indicar o interesse juridicamente protegido. Por outro lado, se o interesse do possuidor é manter a coisa na sua esfera, como escreve Heck, tal interesse só pode ser satisfeito na medida da conservação da tranquilidade pública. Se a paz social não for assegurada, desaparece a possibilidade de atender ao interesse do possuidor, ambos os interesses estão intimamente relacionados.

Entre interesses públicos e privados não há oposição irreduzível, antes coordenação entre ambos, pois não é possível opor uns contra os outros, de um lado os da comunidade, de outro, os dos indivíduos⁴⁶. Interesse coletivo ou público, lembra Alf Ross, designa uma constelação de interesses individuais, experimentados sob certos pressupostos emotivos. Atribuir um interesse a um todo supra-individual é expressão metafórica, que indica a experiência individual de uma comunhão de interesses. Esses são “largamente conexos e se resolvem em uma cooperação que, por sua vez, aumenta a recíproca dependência”. Interesses individuais e “sociais” são dois aspectos do mesmo fenômeno, o particular e o geral⁴⁷. Por exemplo, a proteção da propriedade pelo ordenamento jurídico visa também o interesse comum

“porque o gozo exclusivo dos bens materiais por parte dos indivíduos é da máxima importância para o progresso da civilização e assim para toda a comunidade e a propriedade tem por finalidade tornar possível e assegurar tal gozo”⁴⁸.

O interesse pela propriedade é individual, mas o interesse do indivíduo (e de todos os

outros) a um ordenamento da propriedade é um interesse social. “Qualquer tentativa de compor um catálogo de interesses ‘individuais’ e ‘sociais’ em conflito e independentes é destinado ao insucesso [.....] Se por exemplo, catalogamos entre os ‘interesses individuais’ o interesse de A pela posse de objetos materiais, pela liberdade pessoal, pelo matrimônio e pela família, pela liberdade de contratar, a estes correspondem os interesses sociais a um ordenamento geral da propriedade, a um ordenamento geral da paz, a um ordenamento geral do matrimônio e da vida familiar, a um ordenamento geral da liberdade contratual”⁴⁹.

Compreendida a expressão “interesse público” desta maneira, não de um modo vago e nebuloso, segue-se que, sem impedir perturbações da ordem e da paz pública, o interesse particular do possuidor estaria privado de qualquer defesa, com exceção da sua própria.

Ora, na frase famosa de Max Weber, o Estado contemporâneo reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física.

“O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão”⁵⁰.

O exercício da coação cabe apenas aos indivíduos que exercem as funções de órgãos

⁴⁵ HECK, Philipp. *Grundriss des Sachenrechts*. 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930. Aalen : Scientia, 1970. p. 12-13, § 3, n. 6.

⁴⁶ THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*. Traduzione Alessandro Levy. 2. ed. Padova : CEDAM, 1951. p. 115, cap. 3.

⁴⁷ ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Traduzione Giacomo Gavazzi. 3. ed. Torino : Einaudi, 1965. p. 342 e 344, § 84.

⁴⁸ THON, August, op. cit., p. 115.

⁴⁹ ROSS, op. cit., p. 344, § 84. O autor dinamarquês faz uma distinção entre interesses individuais e coletivos e interesses privados e públicos. Estes últimos seriam interesses sociais gerais (Ibidem, p. 345). Embora as citações do texto digam respeito aos interesses individuais e coletivos, são cabíveis para a distinção entre interesses privados e públicos.

⁵⁰ WEBER, Max. *Ciência e política : duas vocações*. Tradução L. Hegenberg e O.S. da Mota. São Paulo : Cultrix, 1970. p. 56: A política como vocação. (“Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território [.....] reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou a indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do “direito” à “violência”, (grifos do original) e p. 62.

do Estado (e dentro das limitações traçadas pela ordem jurídica e com os meios nela prescritos). A violência, em princípio, é vedada ao particular; se, apesar da proibição, praticá-la, será violência antijurídica, ilícita.

“O Estado é o único autorizado a exercer o poder social de coação, seu único detentor – o direito de coagir é monopólio absoluto do Estado [.....] Somente o Estado possui o monopólio da coação”,

são as igualmente célebres palavras de Jhering⁵¹.

Para que a vida social não degenerem em anarquia, para que não se abra a porta ao caos, só os órgãos estatais podem, licitamente, empregar a força. Caso contrário, o indivíduo forte, mas não titular de direitos, poderia deles privar o indivíduo fraco, seu legítimo titular. Mais ainda: este não poderia obter qualquer reparação de uma lesão ao seu direito, cometida por aquele. Se isso ocorresse, desapareceria qualquer convivência social organizada, resumindo-se ela a meras relações de força bruta. Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos: na sociedade atual, há organismos próprios para defender e proteger o direito de cada um. Fosse possível despojar o possuidor, alegando um direito qualquer, fosse admissível esta alteração unilateral e violenta do estado de fato, voltar-se-ia à era da vingança privada, estágio que o Direito ultrapassou, monopolizando para o Estado o uso da força, no interesse de cada um e de todos os cidadãos.

A ordem da vida em comum exige a exclusão tanto da auto-ajuda como do uso da própria força, são palavras de Rudolf Sohm: a proibição do uso da própria força, que a pretensão possessória produz, completa-se com a vedação da auto-ajuda. Ela nasce de um princípio fundamental de nosso Direito Público: o exercício da coação (exercício da violência), em princípio, é subtraído a uma pessoa privada e reservado ao Estado. Liberdade, no sentido da época moderna, ele insiste, é ser livre de qualquer poder privado de coação, que não seja o poder familiar. Ser súdito do Estado é expressão da liberdade; o poder de coação de uma pessoa privada é redução da liberdade. Por causa da liberdade proíbe-se a auto-ajuda e por

causa da liberdade existe a pretensão possessória⁵².

Talvez, em uma situação de normalidade, essas considerações seriam antes acadêmicas, com interesse primordialmente intelectual. Mas, diante da decadência da norma jurídica – o instrumento mais seguro e calculável de disciplina da vida social –, mais exatamente, do pouco caso e até desprezo manifestados por ela (inclusive por alguns dos seus guardiães), do “crepúsculo da autoridade”⁵³, ao qual corresponde a aurora da desordem, de um progressivo enfraquecimento da autoridade do Estado, com a erosão dos “diques de proteção contra a guerra civil”⁵⁴, da ameaça latente de *cives ad arma veniant* para solução de seus conflitos de interesses, elas se revestem de atualidade.

Bibliografia

(com exceção das obras citadas exclusivamente nas notas de rodapé)

- ALVES, J.C. Moreira. *Posse* : introdução histórica. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français*. 5. ed. Paris : Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1897. v. 2.
- FINZI, Enrico. *Il Possesso dei Diritti*. Ristampa della prima ed. Milano : Giuffrè, 1968.
- FOLLEVILLE, Daniel de. *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*. Avec la collaboration de Jules Lonfier. 2. ed. Paris : A. Marecq, 1875.
- FUNAIOLI, Carlo Alberto. *La Tradizione*. Padova : CEDAM, 1942.
- HECK, Philipp. *Grundriss des Sachenrechts*. 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930. Aalen : Scientia, 1970.
- HEDEMANN, J.W. *Derechos Reales*. Traducción José Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1955.

⁵² SOHM, Rudolf. Bürgerliches Recht. In: STAMMLER, R. *et alii Systematische Rechtswissenschaft*. 2. Afl. (Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, hsg. v. Paul Hinneberg), Leipzig ; Berlin : B.G. Teubner, 1913. p. 98.

⁵³ Feliz expressão do escritor americano NISBET, Robert A. O crepúsculo da autoridade. *Diálogo*, v. 3, n. 2, p. 59-64.

⁵⁴ Como escreve FORSTHOFF, Ernst. *Stato di Diritto in trasformazione*. Traduzione L. Riegert e C. Amirante. Milano : Giuffrè, 1973. p. 305: Lo Stato di Diritto introverso e le sue deviazioni.

⁵¹ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 2. Afl. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1884. v. 1, p. 318 e 320.

- JHERING, Rudolf. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Mauke, 1868. v. 9: Beiträge zur Lehre vom Besitz.
- JHERING, Rudolf von. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Gustav Fischer, 1893. B. 32: Der Besitz. (Neue Folge, XX B.)
 _____, *Der Zweck im Recht*. 2. Afl. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1884. v. 1.
- LINGENTHAL, Zachariae. *Manuale del Diritto Civile Francese*. Rimaneggiato da Carlo Crome. Traduzione con note Ludovico Barassi. Milano : Società Editrice Libreria, 1907. v. 1.
- MITTEIS, Heinrich. *Deutsches Privatrecht*. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 5. durchgesehene und ergänzte Afl. München : C.H. Beck, 1968.
- ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Traduzione Giacomo Gavazzi. 3. ed. Torino : Einaudi, 1965.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução Ary dos Santos. São Paulo : Saraiva, 1958. v. 2: Direitos de família, direitos reais e posse.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino : derechos reales*. 4. ed. actualizada por Sofanor Novillo Corvalan. Buenos Aires : Tipografica Ed. Argentina, 1951. v. 1.
- SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Traduit par Henri Staedtler sur la 7 ed. originale. 3. ed. ver. et corr. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1879.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3. Afl. Heidelberg : Mohr, 1840.
- SOHM, Rudolf. Bürgerliches Recht. In: STAMMLER, R. et alii. *Systematische Rechtswissenschaft*. 2. Afl. (Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, hsg. von Paul Hinneberg), Leipzig ; Berlin : B.G. Teubner, 1913.
- STOLFI, Nicola. *Il possesso e la proprietà*. Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese, 1926.
- THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*. Traduzione Alessandro Levi. 2. ed. Padova : CEDAM, 1951.
- WEBER, Max. *Ciência e política : duas vocações*. Tradução L. Hegenberg e O.S. da Mota. São Paulo : Cultrix, 1970: A política como vocação.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. v. 1.
- WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geitesgeschichte*. 3. neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951.
- WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 12/14 Afl. 4. Bearbeitung. Marburg : Elwert, 1921. 2. B., 1 Abt. (Sachenrecht).