

NOTAS SÔBRE A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS DE POSSE E PROPRIEDADE

SYLVIO SANTOS FARIA

Assistente de «Legislação e Economia Política»

Os assuntos sôbre posse e propeidade destacam-se no ministrar a Cadeira de Legislação não só em face da indiscutível importância, que êles encerram no estudo do Direito Privado, como também pelas inumeráveis consequências dêles decorrentes e a todo o momento registradas pelo Arquiteto no exercício de sua profissão.

Os estudos da posse e da propriedade devem ser encarados tanto sôbre o ângulo sociológico quanto sôbre o jurídico, de vez que tais institutos foram construídos pela Ciência Jurídica à base de uma realidade social bastante nítida e de profundas influências na organização da estrutura econômica da sociedade. Pode-se dizer que, até certo ponto, a cada modificação sofrida pelo conceito de propriedade corresponde uma profunda mutação na infra-estrutura econômica e uma transformação radical em toda a vida político-social.

Atuando no setor da construção, o Arquiteto trabalha sempre com o espaço físico, visando o seu aproveitamento em termos racionais e científicos. Êsse espaço, em face de nossa organização jurídica, sofre forçosamente os efeitos de uma apropriação num sentido mais genérico ou de uma apropriação e uma posse exercidas por sujeitos diferentes.

Mister se faz ao Arquiteto saber onde se encontra a posse e em que caso há a propriedade, ou melhor, quem é o sujeito titular do direito de propriedade e o possuidor.

Da posse decorrem muitos efeitos de ordem jurídica visando a garantia de sua realização. Da propeidade decorrem tantos outros relativos não só ao exercício do direito em si mas também à transformação do direito num bem economicamente avaliável, capaz, portanto, de permitir ao proprietário

uma expansão de suas atividades sociais, tendo por base a garantia representada pelo objeto de seu direito de propriedade.

Todos êsses problemas obrigam ao Arquitecto ter, pelo menos, uma distinção lógica entre posse e propriedade à base de conceitos definidos com objetividade e clareza, deixando ao jurista o estudo das sutilezas e dos altos problemas de especulação filosófica.

Enquanto a posse, tomada em seu aspecto puramente sociológico, constituiu um dos fatos primeiros do homem em sua vida de animal quase selvagem e liberto de qualquer preconceito de civilização no sentido de organização social, a propriedade representa uma cristalização de garantias em tórno da figura de certos possuidores. Em outras palavras, a posse, ainda que desprovida de alguns efeitos de natureza jurídica posteriormente atribuídos, constitui um fato social de origem bastante remota, contemporâneo das primeiras manifestações de existência do homem, de vez que a abstracção não nos permite conceber um ser humano sem o exercício por êle de certas atividades caracterizadoras da satisfação de necessidades primárias e condicionantes da própria vida sôbre a terra. O alimento tomado pelo trogodita em uma de suas mãos representou um ato físico momentâneo de poder sôbre uma parcela da natureza por êle sujeitada aos seus designios e a serviço de sua própria existência. Houve aí, portanto, um fato social caracterizador da posse.

Poder-se-ia dizer que nessa ocasião houve, igualmente, uma manifestação de character puramente sociológico da propriedade. Todavia, ainda não se tendo constatado nesse período da vida do homem fenômenos nitidamente jurídicos, o diagnóstico da existência da posse é mais certo, de vez que a concepção de propriedade é mais formalística e pressupõe um ordenamento para a sua caracterização, enquanto a posse, acôrdo com a doutrina clássica de Savigny, representa "a relação física entre o homem e a cousa com a intenção de tê-la como sua".

Sem dúvida alguma, data da época das primeiras organizações políticas dos agrupamentos humanos, sob uma autoridade revestida de um poder ao mêsmo tempo religioso e político, o

aparecimento dos efeitos jurídicos da posse. A sua organização, porém, vem até nós através da história dos costumes romanos.

Se se pode perceber a influência marcante do Direito Romano sobre a vida dos povos, que tiveram existência depois de sua vigência como um fato histórico, deve-se destacar a grande importância da concepção romana da posse no Direito Moderno, modelando e informando a teoria jurídica existente em nossas leis.

Conheceram os romanos três tipos de posse em toda a sua história: a *posse civil*, a *posse honorária* e a *chamada posse natural* ou *naturalis possessio*.

Cada qual delas está condicionada às profundas transformações sofridas pelo Estado Romano, ora adstrito aos limites da "urbs", ora imperialista e detentor de quase todas as terras conhecidas na época.

Os estudos dos civilistas modernos referentes à posse no direito positivo dos romanos, principalmente os da escola alemã, demonstraram que os suportes da teoria romana da posse eram os requisitos do *corpus* e do *animus*. Tanto Savigny como Ihering são acordes no reconhecimento da existência desses dois elementos indispensáveis para a formação do conceito de posse entre os romanos. Pouco importa que eles, como veremos, discordem a respeito do conceito referente ao *animus*.

Entende-se por *corpus* à relação física do homem sobre a coisa. Trata-se meramente de um simples ato físico, denominado pelos romanos de *detentio*, isto é, mera detenção de uma coisa.

O *animus* constitui o elemento volitivo expresso de tal forma que demonstre o estado psicológico do que se diz possuidor de ter a coisa como se fosse sua, isto é, de lhe dedicar um tratamento igual àquele a ser dedicado a um bem pertencente ao seu patrimônio. Por aí já se vê que o *animus* representa um estado de espírito do possuidor idêntico ao do proprietário — a quem pertence o patrimônio —, estado esse que pode coexistir numa só pessoa quando o titular da posse é o mesmo da propriedade, mas que pode se apresentar como o de pessoas diferentes, sem, contudo, perder, em uma ou em outra, a identidade.

A' base de tais elementos, os romanos definiam a *posse civil*, a *posse honorária* e denominavam impropriamente de posse à *posse natural*.

A posse civil era constituída dos dois elementos — corpus e ânimus —, além do requisito especial do *justo título*. Enquanto as formas jurídicas dos romanos se destinavam à regulamentação da vida nos limites territoriais do Estado Romano na península itálica, pode-se dizer que a terra estava toda ela dividida entre proprietários conhecidos e portadores de uma justificativa formal para o exercício desse poder exclusivo sôbre a sua parte. Tal justificativa representava uma formalidade qualquer, isto é, um documento, um título. Daí o requisito do justo título. Com a expansão imperialista, grandes áreas foram ocupadas pelos generais vitoriosos, os quais não podiam exercer sôbre toda a sua extensão os atos referentes ao *domínio*, inclusive a posse. Como resultado de tal estado de cousas, os indivíduos, que passaram a exercer sôbre a terra um poder igual ao corpus e a lhe dedicar um tratamento correspondente ao conteúdo volitivo do ânimus, tiveram de ser admitidos como titulares de relações jurídicas, de vez que passaram a travar relações sociais sôbre aquele objeto, relações essas carecedoras de uma disciplinação jurídica.

Assim como a propriedade de certas terras romanas era titulada, também a concessão pelo proprietário do direito de outrem exercer sôbre elas um poder físico e de lhes dedicar um tratamento igual ao dispensado por êle passou a ser igualmente demonstrado por um justo título.

Consequentemente, a chamada posse civil sobressaia-se de referência à honorária porque exigia a mais o requisito do justo título.

De referência à posse natural, pode-se dizer que não chegava a ser posse, de vez que se caracterizava, apenas, pela presença de um requisito: o corpus. Os romanos também chamavam a êsse tipo de quase posse. Os invasores, isto é, aqueles que exerciam um poder físico, porém não dedicavam um tratamento normal correspondente à presunção daquele a ser dedicado pelo proprietário à cousa, não tinha a posse propriamente dita, eram titulares de uma simples relação física

cognominada de *naturalis possessio*. O detentor de um objeto perdido não tinha posse mas era o titular de uma *quase posse*, desde quando, indiscutivelmente, êle exercia um poder fisico sobre ela.

O Direito Moderno sobre a posse é todo êle calcado na tradição romana, embora diviriam os estudiosos quanto ao conteúdo dessa realidade.

Savigny e Ihering disputam a primasia da interpretação do Direito Romano sob a espécie e à luz dela construíram as suas teorias.

Enquanto Savigny define da maneira vista o conceito de posse, Ihering, um pouco mais aproximado dos dias em que vivemos, procurou um conceito mais dinâmico, dizendo que a posse é o poder fisico do homem sobre a coisa, dispensando-lhe um tratamento normal e compatível com a sua destinação econômica. Vê-se, portanto, que ambos concordam com a existência dos dois elementos, o *corpus* e o *ánimus*; vê-se, ainda, que êles possuem o mesmo conceito sobre o primeiro elemento, mas que divergem profundamente de referência ao *ánimus*. Para Ihering, só se justifica a posse de uma coisa quando o possuidor estiver lhe dedicando um tratamento igual à sua destinação normal, isto é, à sua utilização favorável à sociedade.

Numa tentativa de classificação dos vários tipos de posse, podemos, seguindo a lição do prof. Orlando Gomes, considerar dois grupos: em primeiro lugar, temos a *posse justa*, a *injusta*, a de *bôa fé* e a de *má fé*. No segundo grupo, temos a posse *direta* e a *indireta*.

A *posse justa* decorre de uma manifestação normal dos requisitos de ordem jurídica garantidores da existência desse fato social. Quando a posse não atenta contra a segurança jurídica, isto é, quando ela não põe em perigo a organização social, diz-se que é justa. O método de reconhecimento da posse justa consiste na verificação da inexistência dos caracteres de sua anormalidade e que definem a posse injusta: a violência, a clandestinidade e a precariedade.

A posse que não fôr violenta, isto é, que não for conseguida mediante o emprêgo da força fisica ou da violência moral, presume-se justa. A posse que não fôr obtida por alguém me-

diante ato praticado com o propósito de ocultar do verdadeiro possuidor aquela nova situação, é tida como justa. Finalmente, a posse que não resultar de um abuso de confiança, isto é, que não resultar de uma negativa em devolver ao verdadeiro possuidor a coisa, é tida como justa.

A posse de *bôa fé* é aquela em que o possuidor convenceu, mediante razões passíveis de constatação objetiva, de que somente a êle cabe o exercício dos poderes jurídicos sôbre a utilização da coisa. Quando a posse decorre da propriedade ou se apresenta como a consequência do exercício de um poder jamais contestado por quem quer que seja, diz-se que há uma posse de *bôa fé* real, em contraposição à presumida, quando é o título justo o elemento informante do espírito do possuidor da legitimidade de sua situação em relação à coisa.

Quando alguém exerce sôbre a coisa os poderes juridicamente atribuídos ao possuidor, porém, mantem no íntimo a convicção e, mêsmo, a certeza de que outrem é o verdadeiro possuidor, então a posse passa a ser de *má fé*, existindo na relação jurídica um vício, não mais objetivo como na posse injusta, mas sim de natureza subjetiva.

A diferença entre a posse direta e a indireta consiste na sua origem. Para melhor compreender o assunto, devemos nos antecipar na explicação do ponto sôbre propriedade, dizendo que a propriedade e, em sentido mais amplo, o domínio, constitue um complexo de direitos relativos a cousas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas. Entre tais direitos, encontra-se a posse. Assim, quando o possuidor é o titular do direito de propriedade, diz-se que a posse é direta, porque decorre de uma relação imediata do direito de propriedade para a mesma pessoa do possuidor. Quando o possuidor é pessoa diferente, isto é, quando o proprietário transferiu, ou desdobrou o domínio para entregar a terceiro, seja a usufrutuário, o locatário, o depositário ou o usuário, a posse da coisa, tem-se essa posse como indireta.

Em face do exposto, pode-se dizer que a posse representa um fato caracterizado pela ação física do homem sôbre a coisa com o objetivo de lhe dispensar um tratamento capaz de provocar a sua utilização normal. Para garantir tal poder;

existe a proteção da ordem jurídica, de maneira que ao fato social da posse corresponde uma garantia jurídica.

Numa visão mais ampla, a posse, ou melhor, o conjunto de garantias jurídicas da posse faz parte do concêrto de todos os poderes juridicamente reconhecidos ao homem sôbre a cousa, tecnicamente chamado de *domínio* ou propriedade, em sentido amplo.

Em sentido restrito, a propriedade representa o direito do indivíduo dispor da cousa, para usá-la ou para se desfazer dela, bem assim para a transformar. A posse será, quando muito, apenas o direito de usar a cousa.

* * *

Passemos, agora, ao estudo da evolução do conceito de propriedade, já que traçamos a caricatura aproximda da posse.

O homem primitivo viveu um período, chamado *naturalístico*, inicial, quando êle apreendia os objetos mais próximos, no próprio local em que vivia despreocupadamente. A êsse período, seguiu-se o da *caça*, quando, então, se deu a disputa pelo animal abatido. Durante êsse período, o homem foi obrigado a travar luta pela sua sobrevivência com os seus semelhantes, surgindo a necessidade de se agrupar. Como consequência, verificou-se o aparecimento do agrupamento primitivo, denominado de *horda*.

A instabilidade da vida humana, resultante da falta de garantias na luta contra os perigos existentes, desorganizou os agrupamentos e impediu o aparecimento de normas gerais destinadas à regulamentação da conduta individual. Consequentemente, embora o homem tivesse o poder de apreensão das cousas indispensáveis à sua vida, não havia o sentimento jurídico da propriedade, isto é, não havia o sentimento de fazer valer preferencialmente aquele poder sôbre certa cousa contra outros indivíduos. A arma, objeto eminentemente pessoal, pode ser considerada como a primeira cousa movel objeto de apropriação pelo homem. Êle a portava a todo o momento porque dela necessitava para manter a sua segurança. Tornou-se a arma um complemento dos meios naturais de defêsa de cada homem, de maneira que passou a ser pessoal, inconfundível.

Em sua evolução, a propriedade atingiu o período do *pastoreio*, quando o homem deixou de apreender o animal morto para o fazer ainda vivo, de maneira a conduzi-lo para onde fôsse, como uma reserva indispensável e certa, ao envez da caça quase sempre aleatória.

Do pastoreio para a *propriedade imóvel*, eminentemente representada pela terra, o homem experimentou o período agrícola, em que a terra não era objeto de propriedade, pois os agrupamentos eram nômades e só se estabilizavam quando sentiam a necessidade de retirarem do fator terra os elementos necessários à formação de suas provisões. O produto da terra, formado por bens de natureza móvel, êsse, sim, era objeto de apropriação. Somente depois da disputa das zonas apropriadas para o planto, foi que veio a conceituação do valor da terra como fator de produção e, conseqüentemente, a apropriação. Primitivamente, essa propriedade imóvel era coletiva, de vez que as disputas eram de grupo para grupo. Todavia, pouco a pouco, no interior dos grupos, foi se operando a dissociação da terra pelo fenômeno da localização das famílias, de maneira que a propriedade passou, então, a ser familiar. Ainda em Roma, quando o conceito de propriedade imóvel atingiu a sua maturidade, encontram-se exemplos de propriedade familiar, como a casa, que nem o *pater* podia alienar sem o consentimento da autoridade pública.

Os romanos conheceram um tipo de propriedade híbrido, ainda não condicionado a princípios filosóficos definidos, como aquele resultante da Revolução Francêsa.

O domínio das terras em zona primitiva do Estado Romano, isto é, o domínio de terras não conquistadas era denominado de *domínio pleno*.

O domínio das terras conquistadas, gravado de restrições advindas das prerrogativas dos generais vitoriosos, chamava-se de *domínio útil*.

Com o regime feudal, operou-se o fenômeno da dicotomia da propriedade. Enquanto os romanos conheceram os dois tipos acima mencionados, havendo, portanto, a propriedade individual, na Idade Média predominou a propriedade sujeita ao poder de dois titulares: o senhor e o vassalo. Ao senhor ca-

bia o domínio, isto é, o direito de exigir de quem a utilizava obrigações para com êle. Ao servo cabia o domínio util, mediante os atos de subserviência ao proprietário. Consequentemente, toda a sociedade se organizava em função da divisão da propriedade.

Com a Revolução Francêsa, operou-se a unificação do conceito de propriedade. O movimento de idéias correspondente à preparação desse fato histórico representou um esforço para libertar os homens das aparentes desigualdades criadas pelos preconceitos sociais. Para atingir os seus objetivos, o movimento pregador visou garantir ao indivíduo o máximo de sua projeção, atribuindo à liberdade a natureza de elemento inato à essência da pessoa humana. Todavia, de logo se evidenciou que a base econômica onde os indivíduos buscavam a satisfação de suas necessidades constituia fator condicionante da sua liberdade de ação, de maneira que, sendo essa base expressão de um patrimônio, se procurou garantir a propriedade como a unidade patrimonial. Tornou-se, portanto, o direito de propriedade um sustentáculo da liberdade individual, de maneira que passou a ser exercido em todos os sentidos, isto é, de acôrdo com a fórmula latina do "jus utendi, fruendi et abutendi".

O Código de Napoleão adotou tal doutrina e os outros, que o seguiram, assim procederam.

Com o desenvolvimento industrial e a conseqüente transformação por que vem passando a sociedade, a predominância dos grandes capitais monopolizados acarreta a miséria e o desajuste social. Dai a grita contra a permanência nos códigos das doutrinas representativas do chamado individualismo jurídico.

O Estado deixou de ser a sentinela vigilante da ordem para se constituir em um dos principais agentes sociais, atuando no próprio setor da vida privada, efetuando uma competição desigual para enfrentar em favor dos simples detentores da força trabalho a luta contra os poderosos monopolizadores do fator capital. Uma das armas de que se tem valido o Estado é o condicionamento do exercício do direito de propriedade a uma finalidade de bem estar social, retirando, assim, aquele caracter pessoal próprio do conceito anterior.

A lei do inquilinato, a intervenção econômica, os planos de organização das cidades, ou melhor, do espaço urbano, constituem restrições seríssimas ao conceito clássico de propriedade.

Hoje em dia, o direito de propriedade está condicionado ao uso normal do direito, o qual, por sua vez, acompanha o norte do interesse social. Em face dessa nova orientação, ressurgem a teoria do abuso do direito.

Entre nós, a Constituição de 1946, sentindo o atraso de nosso Código Civil, revogou o conceito clássico da propriedade individual, dando margem a que o Poder Público fiscalize o exercício do seu uso. Basta, para a confirmação de tal estado de cousas, que se leia a Constituição no seu art. 141, parágrafo 16, onde se vêm as hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por necessidade social. Consulte-se, também, o disposto no seu art. 147, assim redigido:

“O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”.

Como decorrência da evolução do conceito de propriedade, as limitações de ordem pública ao exercício desse direito aumentaram consideravelmente, atingindo um carácter altamente científico, graças à evolução dos processos técnicos de organização do espaço urbano. Os códigos de posturas municipais, representando soluções para os problemas de habitação, circulação, trabalho e recreação, bem assim os planos destinados à regulamentação do crescimento das cidades, são restrições fundamentais ao conceito individual de propriedade.

Como síntese da exposição, deveríamos buscar uma definição do direito de propriedade. Todavia, bem difícil é a tarefa, pois, como nos diz Félicien Challaye: “le terme propriété correspond à une abstraction dont l'usage n'est pas sans danger. La propriété n'existe pas: il y a des propriétés”.

Preferimos citar os principais Códigos, quando tratam da matéria. No Código Civil Italiano, encontramos o seguinte: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que não se faça dêle um uso proibido

pelas leis ou pelos regulamentos”. Bem se vê a presença da sabedoria do legislador, deixando o conceito ao sabor das restrições a serem impostas por êle próprio à medida das necessidades.

A fórmula do Código Português parece-nos menos plástica, embora mais metafísica: “ é a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência e ao melhoramento da sua condição tudo o que para êsse fim legitimamente adquiriu e que, portanto, pode dispor livremente”.

Já o alemão não definiu a cousa, mas o titular do direito: “O proprietário de uma coisa pode, enquanto a lei e os direitos de terceiros não se oponham, dispor dela como melhor lhe pareça e excluir qualquer outra pessoa de ingerência na mesma”.

O Código de Napoleão, modelo de legislação individualista, não deixa de condicionar o exercício do direito a um mínimo de restrição legal:

“Propriedade é a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa da maneira mais absoluta possível, ressalvadas as restrições da lei”.

O art. 524 do nosso Código Civil seguiu a orientação alemã de não definir a propriedade: “A lei assegura ao proprietario o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Consequentemente, pela própria definição do nosso código, pode-se perceber a diferença, que é importante para nós no Curso de Arquitetura, entre posse e propriedade. O direito de propriedade compreende, portanto, o uso, gozo, a disposição da cousa e a faculdade de a reaver de quem *injustamente a possua*. Logo, a posse existe independente da propriedade, como no caso dos que justamente possuem a cousa, a qual não poderá ser reclamada pelo proprietário, de vez que, a qualquer título, êle consentiu em que outrem tivesse a posse indireta da cousa.