

Do Conceito Moderno de Posse

MARCO AURÉLIO S. VIANA

Professor de Direito Civil

Doutor em Direito Civil pela UFMG

SUMARIO: 1. Introdução; 2. Direito Romano; 3. Teorias sobre a Posse; 4. Direito Brasileiro; 5. Do Conceito Moderno de Posse.

1. INTRODUÇÃO

A presença da posse no direito romano se faz sentir desde sua origem, constituindo ela juntamente com a propriedade os dois tipos de relação do homem com a terra.¹

Os jurisconsultos romanos, contudo, não se preocuparam em desenvolver uma teoria sobre a posse. Limitaram-se à casuística, descendo a minúcias, como a tripartição da *possessio* em *civilis*, *ad interdicta* e *naturalis*.

A evolução do instituto se faz em função das necessidades práticas, não como decorrência de uma preocupação científica, norteadas por idéias gerais concebidas.²

Houve, é bem verdade, modificação no conceito, nas fases pré-clássica, clássica e pós-clássica.

A sistematização da posse só tem lugar no século XIX, e mais precisamente com a primeira edição, em 1803, do "Tratado da Posse em Direito Romano", da lavra de Savigny. Sua teoria repercute intensamente no pensamento jurídico daquele século.

1. Giffard. «Précis de droit romain». t. 1, p. 327, § 547.

2. Eugéne Petit. «Tratado elemental de derecho romano». p. 253.

A ele se opõe Ihering, trazendo-nos uma teoria que, por seu cunho prático, mereceu melhor acolhida das legislações.

Ocorre que os dois juristas nada mais fizeram do que sistematizar concepções romanas. Isto equivale a dizer que a solução dos problemas que envolvem posse, no mundo moderno, tem sido feita com base em um conceito que nasceu e floresceu em uma sociedade profundamente diferente da que conhecemos. O ambiente político, econômico e social de Roma diverge significativamente do mundo atual. O direito romano foi um repositório de individualismo, enquanto a tendência contemporânea é eminentemente social. Há uma preocupação acentuada em se encaminhar as relações sob o prisma da coletividade. Assistimos no mundo capitalista a restrições acentuadas no exercício do direito de propriedade. O século XIX já deixava perceber o choque da concepção subjetiva e individualista com os novos movimentos de caráter coletivo. E é fácil perceber uma tendência para limitar, do ponto de vista intensivo, o direito de propriedade. O livre arbítrio do proprietário está muito limitado.³

No campo comunista assistimos a uma massificação dos bens. A titularidade sofre sérias restrições, restando ao indivíduo apenas os bens de consumo (Código Civil russo de 1964, arts. 95, 99 e 102).

Não devemos nos esquecer de que a propriedade é estática, enquanto a posse é essencialmente e necessariamente dinâmica. O proprietário, assegurado pelo título, não está obrigado a tornar efetivo o direito de usar, gozar e dispor. Admite-se-lhe uma posição passiva. Mas o possuidor está vinculado, obrigatoriamente, a uma atitude ativa, embora não se tenha percebido esse fato em toda sua intensidade.

Colocar a posse como complemento da propriedade, como o fez Ihering, é equívoco que precisa ser discutido. Posse e propriedade são figuras com perfil próprio e definido, que não podem ser confundidas. Se a posse e a propriedade

3. Ennecerus, Kipp e Wolf. «Tratado de derecho civil». v. 1, t. 3, p. 397.

apresentam os mesmos caracteres exteriores, nem sempre o possuidor é proprietário. A tutela daquele se faz pelo simples fato de possuir, porque ele deu ao bem uma destinação econômica, que afastou a improdutividade. Só pela união do econômico e do social teremos condições de encontrar um conceito de posse que atenda às necessidades presentes.

Uma abordagem da posse, segundo a realidade atual, em que é sensível a preocupação com a improdutividade dos bens, é necessária e se justifica plenamente.

Não temos a pretensão de solucionar o problema, trazendo à vida uma nova teoria. Queremos suscitar a discussão do tema, máxime quando se fala tanto sobre um novo Código Civil.

2. DIREITO ROMANO

2.1. *Evolução*

No direito romano a posse indica uma relação material entre pessoa e bem, uma relação de fato com a coisa que permitia dela dispor de forma plena.⁴

O instituto conhece a evolução nas fases pré-clássica, clássica e pós-clássica.

A posse surge na fase pré-clássica, convivendo com a propriedade. Temos duas formas de utilização econômica dos bens: a propriedade, em que o proprietário desfrutava o imóvel pelo fato de ser *proprietário*, e a *possessio*, em que o desfrute se fazia independentemente da propriedade.

Inicialmente a *possessio* era uma senhoria que o chefe da *gens* concedia sobre a terra aos seus clientes, com a obrigação de restituir logo que exigida (*precarium*).⁵ Referia-se aos campos ou “fundos de terra” que ficavam fora da cidade propriamente dita. Eram de propriedade comum, isto é, da *gens*. Sua utilização se fazia pelos habitantes da cidade

4. Bonfante. «Instituciones de derecho romano». p. 352.

5. Ebert Chamoun. «Instituições de direito romano». p. 219.

(*vicini*), que não podiam apropriar-se, limitando-se ao uso, que recebia a denominação de *usus, usus-fructus* e *possessio*.⁶

Tínhamos uma situação de fato que decorria de uma das três circunstâncias seguintes: 1ª) ou não havia como adquirir a propriedade, como se dava com os bens destinados ao uso comum. É o que se passava com o *ager publicus*, que não admitia apropriação; 2ª) ou porque uma das partes não reunia, segundo o *ius Quiritium* qualidades para ser proprietário. As condições exigidas eram as seguintes: ter por objeto um imóvel romano ou itálico; pertencer a um cidadão romano; e só ser transferível por um modo solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*). Faltando um dos requisitos dessa propriedade, mas encontrando-se a coisa em poder de alguém, tínhamos a *possessio*.⁷

E é no curso desse período que surge a proteção pelos interditos, que alcança todas as posses que conduzem ao usucapião, para alcançar, não só a posse separada da propriedade, mas, também, a posse do proprietário.

Possessio designava, ainda, o poder do credor pignoratício, ou seja, de quem tinha em suas mãos coisa alheia a título de garantia, de seqüestro, vale dizer, de depositário de coisa alheia.

No período clássico vamos encontrar a figura da *possessio* irrevogável, em que temos a disponibilidade física da coisa acompanhada do desejo de possuí-la em definitivo, hábil à aquisição por usucapião, que reclamava, além da posse, a justa causa e a boa-fé. A posse do precarista, do credor pignoratício e do seqüestrário assume caráter excepcional, porque exigia-se, agora, a boa-fé (*animus domini*), ao contrário do que se dava anteriormente.

No período pós-clássico caminhamos para a *possessio* verdadeira ser a do proprietário. Há uma correlação entre propriedade e posse, sendo aquela o suporte jurídico desta.

6. Ebert Chamoun. «Instituições» cit. p. 230; Giffard, *Précis* cit. p. 327; Adriano de Azevedo Andrade, *Pesquisa* cit., p. 20.

7. Adriano de Azevedo Andrade, *Pesquisa* cit., p. 17.

Toda relação entre pessoa e coisa, que não se funda no título ou na justa causa, equivale a detenção. A posse deixa de ser relação apenas de fato e torna-se uma consequência do direito. E sob Justiniano temos a proteção possessória alcançando os direitos reais.⁸

2.2. Origem

O pensamento não é uniforme em torno da origem da posse.

Uma corrente entende que ela se encontra na proteção possessória por meio dos interditos, cujo objeto era tutelar a posse do *ager publicus*. Seria uma criação do pretor. Observa Cornil que para fazer respeitar a ordem estabelecida, os magistrados, em virtude do *imperium*, editaram imposições e proibições: *interdicta*. Como já vimos o solo romano estava dividido em *ager publicus* e *ager privatus*. Aqueles eram objeto de concessões *in precarium*, admitindo revogação a qualquer tempo.⁹ Quando essas concessões alcançaram os plebeus (antes eram reconhecidas apenas aos patrícios — *Lei Licinia*, 387 a.C.), os conflitos multiplicaram-se, criando-se o interdito *ut possidetis*.¹⁰ Esse interdito complementava o sistema destinado a assegurar a manutenção do *statu quo* possessório, contando que a posse não fosse viciada em relação a seu adversário, ou seja, quando o possuidor não havia conseguido a coisa do contrário *nec vi nec clam nec precario*.¹¹

Essa tese é combatida por Ihering e Karlowa, para quem a posse teria sido considerada objeto de proteção, pela primeira vez, no direito romano, na colação das *vindiciae*, que versava em geral sobre o *ager privatus*.¹²

8. Ebert Chamoun, «Instituições» cit., p. 219.

9. Aranzio-Ruiz. «Instituições de derecho romano». p. 204.

10. Adriano de Azevedo Andrade. «Fundamento da Proteção Possessória». p. 7.

11. Bonfante, «Instituciones» cit., p. 365; Cornil. «Droit romain». p. 177; Declareuil. «Rome et l'organisation du droit». p. 187.

12. Adriano de Azevedo Andrade, «Fundamento». cit., p. 7.

2.3. *Tripartição da posse*

No direito clássico encontramos a tripartição da posse em civil, natural e *ad interdicta*.

A *possessio naturalis* significa mera detenção, sem *animus possidendi*, uma relação de fato, sem tutela possessória. Justiniano, em textos interpolados, emprega a locução para significar tanto a *possessio injusta*,¹³ como para aquelas em que não há *animus possidendi*.¹⁴

A *possessio civilis* é sinônimo de *possessio ad usucapionem*, de boa-fé.¹⁵ É a posse que tem por base uma justa causa. Constituía um verdadeiro direito protegida pela ação publicana. Como vimos a transferência dos bens, segundo o direito quiritário, reclamava a observância de determinados requisitos, à cuja falta não se dava a aquisição do domínio. Surgia uma propriedade de direito, *ex jure Quiritium*, e outra de fato, protegida pelo pretor, incidentes ambas sobre o mesmo objeto. Tínhamos ao lado da propriedade propriamente dita, uma outra de fato, chamada pretoriana ou bonitária, a que faltava uma base jurídica. A posse civil conduzia à aquisição do domínio *ex iure Quiritium* pelo decurso de tempo, tendo por elemento psíquico o *animus domini*.

A *possessio ad interdicta* diferencia-se porque dá lugar apenas à proteção interdital, supondo somente o *animus possidendi*. Distingue-se da posse civil porque nesta, primitivamente, o adquirente era dono da coisa, enquanto naquela não chegava a proprietário, não gozava do direito ao usucapião.

No direito justiniânico a tripartição é reduzida a bipartição entre posse civil e posse natural, compreendendo a primeira a posse *ad usucapionem* e a posse *ad interdicta*, e definindo-se como a posse fundada em causa reconhecida como idônea pelo *ius civile*, continuando a posse natural a ser considerada como mera detenção.¹⁶

13. Aranzio-Ruiz, «Instituciones» cit., p. 306.

14. Bonfante, «Instituciones» cit., p. 357, § 113.

15. Aranzio-Ruiz, «Instituciones» cit., p. 307.

16. Ebert Chamoun, «Instituciones» cit., p. 221; Aranzio-Ruiz, «Ins-

2.4. Síntese

O estudo que realizamos autoriza algumas conclusões que merecem ser resumidas.

Vimos que não se podia obter o domínio sobre o *ager publicus*. Tinha-se o uso e gozo do bem sem que fosse necessário ser proprietário. A proteção desse *usus* se fez pelo direito pretoriano.

O crescimento da civilização romana determinou a criação de um direito pretoriano, que vivia ao lado do *jus Quiritium*. Aquele atendia às controvérsias não previstas pelo direito quiritário. O direito pretoriano criou a posse, cuja aplicação foi ampla: a *possessio* indicava um direito de sucessão, uma servidão, não reconhecida pelo direito civil, ou um usufruto.

Desaparecida a antiga distinção entre direito quiritário e direito pretoriano, manteve-se a característica primitiva da posse como sendo o fato de usar e gozar de uma coisa.

Para contornar a impossibilidade de certas pessoas adquirirem o domínio, a posse surge como substitutivo da propriedade. Sob outro aspecto, como certos bens não admitiam o domínio (*ager publicus*), a posse funcionava, também, como substitutivo da propriedade.

O *jus Quiritium* limitava os modos de aquisição, o que se fez com que o direito pretoriano criasse outros instrumentos, que transferiam a *possessio*, que unida ao tempo, pelo usucapão, levava à propriedade quiritária.¹⁷

2.5. *Animus e corpus*

Dois elementos sempre estiveram presentes na noção de posse, nos vários períodos de evolução que ela conheceu: o *corpus* e o *animus*. A posse para os romanos era uma relação de fato com a coisa com a intenção efetiva dela dispor como

tituciones» cit., p. 307; Bonfante, «Instituições» cit., p. 357; Adriano de Azevedo Andrade, «Pesquisa» cit., p. 25.

17. Cornil, «Droit romain» cit., p. 192.

dono.¹⁸ Observa Cornil que os juriconsultos clássicos formados na escola dos filósofos gregos, erigiram uma noção filosófica de posse, analisando os dois elementos: o fator físico ou material e o fator intelectual ou metafísico. E concluíram que não bastava a proximidade física com a coisa, mas era mister um outro elemento, ou seja, era necessário que o possuidor compreendesse objetivamente a idéia da coisa que pretendia assenhorar.¹⁹

O *corpus* é o elemento material, a relação física da pessoa com a coisa, o poder físico incidente sobre o objeto, significando a relação de disponibilidade material do sujeito; *animus* é a relação metafísica, a vontade de se agir perante a coisa como proprietário.

Se a pessoa tem poder sobre a coisa sem a intenção de ser proprietário, não se tem posse, mas detenção. A pessoa reconhece a incidência de um direito acima do seu.

Os juriconsultos romanos esforçaram-se em justificar do ponto de vista filosófico a distinção entre posse e detenção e deduzirem as duas figuras em dois conceitos claramente distintos. Certos juriconsultos, notadamente Paulo, fizeram a distinção repousar em uma diferença de qualificação da vontade: o conceito de posse implicava em *animus dominus* ou vontade de possuidor por si e a título de proprietário, *animus possidendi* (Paulo, D. 41, 2, 1, § 20), enquanto o conceito de detenção implicava o *animus alteri tenendi* (Paulo; D. 13, 7, 37), ou vontade de possuir por outro.²⁰

Observa Adriano de Azevedo Andrade que “ao fato físico deve aliar-se então o *animus possidendi*, a intenção de exercer o direito de propriedade. Mas, como o direito a este exercício pode ser próprio ou alheio, duas são as intenções, ou espécies de *animus*. O *animus possidendi*, correspondente ao exercício do direito próprio, como dono, e o *animus domini*, ou seja,

18. Bonfante, «Institutiones» cit., p. 352.

19. «Droit romain» cit., p. 179.

20. Cornil, «Droit romain» cit., p. 181.

a vontade de ter a coisa para si *animus rem sibi habendi*. Neste caso o possuidor se comporta como verdadeiro proprietário.²¹

3. TEORIAS SOBRE A POSSE

3.1. *Teoria subjetiva. Savigny*

Coube a Savigny sistematizar a posse segundo as concepções romanas, no seu "Tratado da Posse em Direito Romano", datado de 1803. Ele pretendeu, em verdade, reconstruir a elaboração da posse no direito romano. Tomou os dois elementos antes citados — *corpus* e *animus*, — como ponto de partida, fazendo de sua conjugação a presença da posse.

O *corpus* é o elemento material que traduz a possibilidade de dispor, mesmo fisicamente do bem. O possuidor não está obrigado, necessariamente, a dispor da coisa, bastando a possibilidade.²² O contacto físico não é essencial.

O *animus* é a vontade de ter o bem como seu; é deter o bem com a intenção de exercer o direito de propriedade.

Savigny sustenta que posse é "o poder de dispor fisicamente da coisa, combinado com a convicção de que se tem esse poder".²³ Só com a concorrência dos dois elementos teremos a posse. Se não há intenção de agir como dono, teremos mera detenção. Ele parte da noção de detenção para chegar à posse. A união da detenção, ou seja, do fato de se dominar fisicamente o bem com o *animus domini* é que gera a posse.

Se alguém detém fisicamente a coisa, mas sem a intenção de exercer direito próprio, exercendo direito alheio, com *animo nomine alieo*, reconhecendo que ela pertence a outrem, falta-lhe o *animus domini*, cristaliza-se a detenção. Não é

21. «Pesquisa» cit., p. 46.

22. «La posesión», p. 2.

23. «La posesión», p. 313.

necessário que o possuidor tenha a convicção de que seja o proprietário (*opinio domini*), bastando que proceda como proprietário, conduzindo-se como ele em relação ao bem.

A teoria de Savigny, pela importância que reconhece à vontade, é denominada subjetiva.

3.2. Teoria objetiva. Ihering

Ihering erige a teoria objetiva, partindo dos mesmos elementos — *corpus* e *animus*, — mas com significado diferente daquele emprestado pela teoria subjetiva.

Segundo ele o *corpus* é a relação exterior entre o possuidor e o bem, segundo sua destinação econômica. Ihering exemplifica com o lavrador que deixa sua colheita no campo, ou com o construtor que deixa os materiais de construção na obra. Pela posição dessas coisas, segundo sua destinação, sabemos que elas estão na posse de alguém. O mesmo não se dá quando alguém deixa objetos preciosos ou móveis caseiros no campo. Não temos, nestas hipóteses, uma relação segundo a destinação econômica dos referidos bens. Assim, o *corpus* não é sempre o poder de fato ou disponibilidade da coisa, mas sua posição em relação ao possuidor, realizando a destinação econômica que lhe cabe. E esta *destinação econômica* é auferida, não em relação ao sujeito, mas de acordo com o que comumente se faz com o bem, ou em outras palavras, ela é caracterizada pela utilização ordinária, não pela individual.

Ihering não nega a presença do *animus*, só não concorda com a colocação de Savigny, que distingue posse e detenção pelo *animus*. O jurista reconhece uma vontade na posse, mas não admite que se faça uma distinção entre posse e detenção com base nela, questão subjetiva, que reclamaria investigação difícil de se fazer.²⁴

24. «La posesión», p. 207.

A distinção entre posse e detenção é estabelecida por critério legal, que reconhece ora a posse, ora a detenção. Em princípio haverá posse, a menos que se prove a existência de obstáculo que leve à detenção.

Conhecendo o conceito de *corpus* e *animus*, de acordo com a ótica de Ihering, é fácil compreender a definição de posse que ele apresenta, segundo a qual posse é a exterioridade do domínio, que ele define: "Por exterioridade do domínio entendo o estado normal externo da coisa, sob a qual ela cumpre o destino econômico de servir aos homens".²⁵

A teoria objetiva acaba por concluir que a posse é complemento da propriedade. A proteção possessória nada mais seria do que forma de tutela da propriedade.

3.3. *Divergência aparente*

A divergência entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva é mais aparente do que real.

Savigny sustentou que a posse é o poder de fato sobre a coisa, com intenção de tê-la como dono.

Ihering, a seu turno, entendeu que ela é a visibilidade ou exterioridade do domínio.

Ora, quem tem o poder de fato, com intenção de dono, não manifesta ou evidencia a exterioridade do domínio?²⁶

O possuidor, em verdade, atua como se proprietário fora, ou pelo menos como ele devia atuar, obtendo do bem os serviços que ele oferece. Isto na visão dos dois juristas. A identificação ou aproximação dos dois institutos se faz por este aspecto, que, contudo, nos parece um equívoco. O proprietário não está obrigado a utilizar o bem. Admite-se-lhe uma posição passiva. Isto não se dá com o possuidor, que está obrigado a usar e gozar o bem, para usarmos a linguagem do direito comum. Este uso e gozo manifesta-se numa série de atos exteriores.

25. «La-posesión» cit., Cap. XI, § 3º, p. 207.

26. Francisco Campos. «O *animus* na posse». p. 5, *apud* Adriano de Azevedo Andrade, «Pesquisa» cit., p. 53.

Estão de acordo com Savigny e Ihering quanto ao exercício, que é a mesma do direito romano.²⁷

A nosso ver esta identificação não é feliz, porque a posse tem conotação própria, conseqüências específicas, que levam à sua autonomia, o que foi reconhecido por Savigny. Não concordamos em que se conceitue a posse partindo da noção de propriedade, mas, antes de tudo, cumpre-nos afastar os dois institutos, destacar-lhes o perfil próprio, exigindo e dando à posse um caráter essencialmente dinâmico, evitando, assim, o equívoco de se tutelar a propriedade com a proteção possessória. A excessão de domínio nada mais é do que isto.

4. DIREITO BRASILEIRO

4.1. *Direito comparado*

A repercussão das teorias subjetiva e objetiva, no pensamento jurídico, foi significativa. Influenciaram textos legislativos, sendo a presença de Ihering mais sensível, certamente em decorrência do cunho mais prático que deu ao assunto.

A influência não foi absoluta. Os códigos, embora elejam uma delas como espinha dorsal, acabam por resvalar para a outra, em dispositivos isolados.

O Código Civil alemão adere à teoria objetiva, mas não de maneira incisiva. Não define a posse, limitando-se a dispor sobre sua aquisição: "Art. 854: A posse de uma coisa adquire-se pela obtenção do poder de fato sobre esta coisa". Não fala em exteriorização ou visibilidade do domínio, mas dá ênfase ao *corpus*; falando em *poder de fato* caminha para Savigny; elimina o *animus*.

O Código Civil italiano de 1942 reflete a teoria subjetiva. O art. 1140 dispõe: "A posse é o poder sobre a coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou outro direito real".

27. Adriano de Azevedo Andrade, «Pesquisa» cit., p. 53.

No *poder sobre a coisa* vemos o *corpus*; na *atividade correspondente ao exercício da propriedade*, cristaliza-se o *animus*.

E, na sua segunda parte, o artigo em exame enuncia: "Pode-se possuir diretamente ou por meio de outra pessoa, que tem a detenção da coisa".

Messineo vê, na distinção apontada pelo dispositivo legal, a manifestação mais saliente da doutrina subjetiva.²⁸

O Código Civil brasileiro não fugiu do raio de influência das duas teorias, como veremos.

4.2. *Direito nacional*

Clovis Bevilacqua sustenta que a teoria subjetiva teve o mais amplo e aberto acolhimento no diploma civil brasileiro.²⁹ O entendimento deve ser recebido com reservas. A teoria objetiva serve de base e inspiração na disciplina da posse, mas não se teve sua adoção em todas as conseqüências. A presença de Savigny está viva em alguns pontos.³⁰ É o que colhemos no art. 493, que trata da aquisição da posse; a disciplina do usucapião, pois o art. 505 fala claramente em *possuir como seu*, ressaltando o *animus domini*. E a lei n° 6.969/81, dispondo a respeito do usucapião especial, repete a solução, no art. 1°. Evidente o reflexo da teoria subjetiva no âmbito da posse.

O art. 485 estatui: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade".

O artigo fala em *poder de fato*, o que significa, não apenas a contraposição do direito, como entende Clovis Bevilacqua, mas, também, o *exercício efetivo, real, exteriorizado* dos poderes inerentes do domínio. A conseqüência desse entendimento leva a uma distinção nítida entre posse e proprie-

28. «Manual de Derecho Civil y Comercial», t. 3, § 77, p. 212.

29. «Código Civil», v. 3, p. 965.

30. Sílvio Rodrigues. «Direito Civil». v. 5, p. 33; Orlando Gomes. «Direitos Reais». t. 1, p. 31.

dade, não percebida de forma abrangente pelos intérpretes. Se ao proprietário é dada uma posição de inércia, encontrando legitimidade no título, o possuidor será obrigatoriamente ativo, porque só há posse onde o exercício de fato de algum dos poderes inerentes ao domínio. Isto afasta o entendimento de alguns julgados, no sentido de haver posse quando há possibilidade de dispor. O regime da posse no direito nacional não admite esse modo de ver. Para que a tutela da posse seja concedida, ou o usucapião acolhido, é indispensável que reste provado o exercício efetivo, real, exteriorizado. O simples fato de alguém ter o exercício efetivo de algum dos poderes inerentes ao domínio cobre uma parte de um imóvel, não implica em possuí-lo em sua totalidade. Só dentro dos limites de sua atuação *real*, em que se *exterioriza* algum dos poderes inerentes da propriedade, temos a posse.³¹

Sob um outro aspecto, esse poder fático manifesta aquilo que se permite ao proprietário.

E o conceito de detenção complementa o de posse. O art. 487 enuncia: "Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Destaca-se a autonomia do possuidor, que exerce sem dependência, enquanto o detentor atua sob regime de dependência, subordinação. Nesse ponto o legislador caminha com a solução do direito alemão.

A exceção de domínio dá traço mais firme à presença de Ihering, que colocou a proteção possessória no interesse do proprietário, embora esse entendimento não seja acolhido por alguns.³² Admitindo a tutela ao possuidor indireto, favoreceu o proprietário. A posse manifesta-se como complemento da propriedade, entendimento que merece ser revisto.

A redação do art. 485 tem merecido críticas, sendo-lhe apontados três defeitos: 1º) não definir o não possuidor; 2º)

31. «Sobre a posição da jurisprudência» v. Adriano de Azevedo Andrade, Pesquisa cit., p. 71.

32. Adroaldo Furtado Fabrício. «Comentários ao Código de Processo Civil». v. 8, t. 3, p. 455.

falar em *exercício pleno ou não*, quando a posse não conhece exercício limitado; 3º) utilizar o vocábulo *algum*, que é contraditório, pois se a posse é o exercício de fato, deverá alcançar, obrigatoriamente, todos os poderes inerentes ao domínio.³³

5. DO CONCEITO MODERNO DE POSSE

5.1. *Autonomia da posse*

A posse não é um complemento da propriedade, mas instituto com perfil próprio e conseqüências específicas. Extremá-la do domínio é o primeiro passo no sentido de conseguirmos delinear um conceito de posse de acordo com a realidade atual.

Posse e propriedade eram noções distintas nas fases pré-clássica e clássica do direito romano. Sua conjugação se fez quando desapareceu a distinção entre direito pretoriano e direito quiritário. Como já ressaltamos, a impossibilidade de se adquirir a propriedade quiritária levava à transferência da posse que, posteriormente, admitia a aquisição da propriedade. O proprietário quiritário continuava com a *nudus dominium*, cabendo o domínio útil ao pretoriano, que tinha o uso e gozo do bem. Surgiu, então, uma ligação entre posse e propriedade. O proprietário pretoriano era *proprietário* porque passava a dono da coisa, e era *possuidor*, porque utilizava o bem. Vemos que a posse estava ligada diretamente à utilização do bem. Quando se falava em posse do proprietário era no sentido de que ele efetivamente usava e gozava o bem, em contraposição ao proprietário quiritário.³⁴ É na época pós-clássica que assistimos à conjugação da *possessio* com a *proprietas*.

A obtenção dos serviços que o bem oferece compete ao proprietário, como conseqüência do *jus possidendi*, ou ao não-proprietário, por força da posse propriamente dita, ou *jus possessionis*. Isto nos leva a considerar, inicialmente, que o

33. Azevedo Marques. «A Ação Possessória». p. 4.

34. Adriano de Azevedo Andrade, «Pesquisa» cit., p. 24.

fato de se ter título de domínio não implica, necessariamente, em *possuir*. Se quem tem a propriedade, e, por conseguinte, apresenta título de direito, *possui*, vale dizer, *utiliza* o bem, exercita um direito; em outras palavras é possível concluir que, aquele titular do domínio, por este fato, tem direito de utilizar. Mas quem utiliza sem título, não pode ficar apenas no campo potencial, como o proprietário, mas desce, obrigatoriamente, para o exercício efetivo. Estabelece uma relação, que gravita no mundo fático, mas com efeitos jurídicos.

Assim, o proprietário, por sê-lo, já está investido no direito de utilizar o bem, embora não esteja obrigado a fazê-lo. Pode não utilizar o bem, mas tem o direito de reclamar-lhe os serviços por força do título. Existe um estado potencial. O não-proprietário enfrenta situação diversa. O uso e gozo decorre de um fato, que conhece efeitos jurídicos. Ele está obrigado a utilizar para merecer tutela legal.

Proteger a posse tendo em vista o proprietário é voltar ao direito romano pré-clássico. Daí a necessidade da distinção.

A nosso ver, quando se tutela por meio de interditos, o proprietário, é cometido um equívoco científico. Não podemos tutelar a posse de quem efetivamente não é possuidor. O fato de alguém ser titular do domínio não implica na posse do bem. É possível ficar apenas no estado potencial. Ele tem o direito de usar e gozar, na linguagem analítica do diploma civil, mas não utiliza realmente, não extrai os serviços do bem. Assim, não houve posse, que reclama atitude dinâmica. Outra pessoa agiu nesse sentido, e ela é quem merece tutela por meio de interditos.

A exceção de domínio é, em verdade, um instituto curioso. Como discutir posse fundado em título de domínio? Se alguém entende ter direito ao bem, por ser titular do domínio, é a este título que defenderá seus interesses, que exercerá sua pretensão, servindo-se da ação reivindicatória. Vamos enfrentar uma situação esdrúxula se admitimos que se pugne em juízo pelo reconhecimento de uma posse que nunca existiu, porque os proprietários em momento algum utilizaram o bem. No direito romano distinguia-se a posse do proprietário preto-

riano, em contraposição à propriedade quirítária, justamente porque aquela implicava na utilização real e efetiva do bem. Esta era mera nua-propriedade. Os interditos eram utilizados como forma de proteger as *possessiones*, durante o tempo necessário para transformação da propriedade bonitária ou pretoriana, em quirítária. Era o meio de se contornar a impossibilidade de sua aquisição pela presença de impedimento, na forma que já esclarecemos. Mas um ponto fica bastante evidente: o proprietário bonitário ou pretoriano tinha a utilização do bem.

Historicamente a posse tem caráter dinâmico.

A posse não é necessariamente pressuposto para aquisição do domínio. Ela tem por si só conseqüências importantes. Quem possui está extraindo os serviços que o bem oferece, está tendo benefício pela produtividade que impõe ao imóvel. Mantido na posse, o possuidor obtém vantagens. E isto merece ser preservado em oposição ao proprietário inerte. Por isso é que não se justifica perquirir a respeito do domínio. O que vamos enfrentar, em cada caso, é apenas o fato da posse, ou seja, da utilização do bem. Pouco importa que ela seja conseqüência de um título, ou resultante de um fato. O que nos interessa é saber quem deu ao bem sua destinação econômica, quem exige seus serviços. Só em juízo petitorio haverá lugar para a perda do bem pelo possuidor. O que ocorre é que a ação reivindicatória merecia ser revista, tornada mais dinâmica, mais atuante, admitindo, quem sabe, uma medida liminar. Sob certo aspecto, admitir-se os interditos ao proprietário é forma de contornar esse problema, além de refletir a força atuante, do ponto de vista psicológico, do domínio. A idolatria que cerca o direito de propriedade acaba por prejudicar sensivelmente o instituto da posse. Esta acaba por ter uma posição secundária, o que é um equívoco, porque do ponto de vista econômico-social, muitas vezes a posse é mais significativa do que a propriedade, pois implica em uma utilização real e decisiva do bem.

Essa preocupação excessiva com o domínio vem refletida nas doutrinas subjetiva e objetiva. A primeira ao falar na intenção de dono; a segunda ao sustentar que a posse é a visibilidade, a exterioridade do domínio. Todas as duas concebem a posse em função da propriedade. Mas nós devemos desvincular os dois institutos. Podemos dizer que o possuidor atua como *deveria* atuar o proprietário. Mas esse posicionamento leva a situações não pretendidas ou convenientes. Acabamos por assistir a uma subversão de princípios, em que a propriedade paira acima de tudo. Desvincular a posse da propriedade é importante, afastando a assimilação que acaba por ser prejudicial.

Em função desse quadro o melhor é falarmos em *utilização do bem*, em lugar do exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio, dando a noção exata de que são figuras distintas em sua estrutura e conseqüências. Alguns dirão que *utilizar* sintetiza o uso e gozo presentes no enunciado legal. Mas é justamente fugir da assimilação que nós queremos, o que se faz por terminologia diversa, abandonando a abordagem analítica feito pelo diploma civil.

5.2. O elemento econômico

Ihering sustenta que a posse seria a *exterioridade do domínio*, que ele define da seguinte forma: "Por exterioridade do domínio entendo o estado normal externo da coisa, sob o qual ela cumpre o destino econômico de servir aos homens".³⁵

O jurista ressalta um dos aspectos relevantes da posse, que não foi bem compreendido: o *elemento econômico*.

Como devemos entender esse destino econômico do bem, que reflete seu estado normal, e sob o qual ela atende à necessidade humana?

Se raciocinarmos de forma objetiva, veremos que os bens à disposição dos homens têm finalidades próprias e peculiares, que se manifestam na *utilidade* que eles têm para o indivíduo. Alguns desses bens são inesgotáveis (o ar, a luz solar etc.)

35. «La posesión» cit., p. 207.

e não despertam, por isso mesmo, a ambição humana. Outros bens são úteis e raros, atendem a uma *carência*, respondem a um *interesse*. Estes despertam a atenção do homem, criando zonas de choque, de atritos, que comprometem a harmonia social. Se um dia o ar ou a luz solar se tornarem raros, este dado implicará, necessariamente, na preocupação de apropriação, nos mesmos moldes dos demais bens, e passaram a merecer a cogitação e atenção do Direito.

Ocorre que os bens têm um destino econômico, destino este que se agita de acordo com a destinação usual e corrente que lhe empresta a coletividade, a par de uma outra, própria e peculiar do indivíduo. Isto equivale a dizer que um determinado bem tem um significado social e outro individual, devendo, em uma abordagem que se faça da posse, ter em mente o primeiro.

Tomemos um exemplo para melhor compreensão desse entendimento: um imóvel rural tem uma destinação específica, reconhecida por todos, que se manifesta na sua utilização para fim produtivo, na área pecuária, agrícola, ou agropecuária. Para que se possa falar em posse de um imóvel rural é intuitivo que a idéia que socorre a nossa mente é de sua utilização dentro de uma daquelas finalidades. A Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, ao disciplinar o usucapião especial, deixa bastante clara essa idéia, quando, no art. 1º fala que o requerente deverá morar na terra e tê-la tornado *produtiva* pelo seu trabalho. A *produtividade* é um dado que examinaremos oportunamente, mas sua presença no texto legal, ressalta o dado econômico da posse. A terra rural é produtiva quando utilizada segundo sua finalidade. Não basta morar. Quem mora em um imóvel rural, sem praticar qualquer ato de produção, não *possui*, porque a finalidade, a *destinação econômica*, seu *estado normal* de servir ao homem, não se esgota ou se manifesta apenas no ato de habitar. A *destinação econômica* só se cristaliza a partir do momento em que a terra é aplicada na agricultura ou na pecuária. E aqui vemos um equívoco em que incidem muitos, por desconhecimento real da concepção de Ihering: decidir interditos, assegurar a manutenção ou reintegração a quem pratica ato possessório em

pequena área, fazendo abranger área maior. Alguém diz ser possuidor de uma fazenda de certa dimensão, dimensão esta constante de registro de imóveis. Mas atua em uma parcela mínima dessa gleba. Pede a tutela possessória, e a decisão, invariavelmente, assegura a posse de todo o imóvel. O mesmo ocorre em matéria de usucapião. Os atos possessórios, quando realmente se manifestam, dizem respeito a uma parcela do imóvel rural, mas o domínio é declarado sobre todo o imóvel. A essa situação se chega, ou por desconhecer-se, realmente, o pensamento de Ihering, como alertamos, ou porque o intérprete confunde a noção de Savigny, do poder de dispor, inclusive fisicamente, fazendo uma confusão sem limites, com conseqüências funestas.

Ora, a procedência do pedido possessório, ou do usucapião deve estar vinculado, obrigatoriamente, àquela área em que houve ato possessório efetivo e real, ou seja, circunscreve aos limites em que houve a utilização do bem segundo sua *destinação econômica*. Aqui está o *estado normal* de servir o homem.

Se o bem está localizado em zona urbana, a *destinação econômica* sofre alteração sensível. Os centros urbanos têm como finalidade específica a moradia, o comércio e, em alguns casos, a indústria. E nos grandes centros urbanos vamos encontrar legislação sobre uso e ocupação do solo, dando uma conotação ainda mais decisiva a essa destinação. Para possuir em uma cidade é indispensável que o possuidor tenha dado ao imóvel um dos destinos apontados: construído residência onde mora; construído e locado; edificado um imóvel para fim comercial, e explorá-lo diretamente, ou locá-lo; instalar uma indústria, ou construir para esse fim, alugando para que outra pessoa faça essa utilização. Não basta que cerque o lote, nele plante alguns pés de milho, faça uma horta, mantenha limpo. Isto não exterioriza ato possessório. A *destinação econômica* do imóvel urbano não é esta. Podemos admitir que os atos indiquem a atuação do titular do domínio, porque ele não está obrigado a atender ao fim econômico. Mas do possuidor é de se exigir muito mais, porque ele está obrigado a atender à finalidade econômica do bem. Admitirmos outra

solução será retirar um bem improdutivo de mãos de um indivíduo, que tem um título, para entregá-lo a outro, sem título. A quem aproveita essa solução? Somente a quem adquire o domínio. Mas temos o prejuízo para o outro que, embora inerte, tal qual o pretense possuidor, pelo menos tem um título aquisitivo, que o qualifica melhor. A retirada do bem do patrimônio de um indivíduo só se justifica quando outro indivíduo deu ao bem condições de produção econômica.

O dado *econômico* é um dos aspectos a informar um conceito moderno de posse. Se se fizermos uma análise séria e científica de sua presença, certamente teremos que rever as posições existentes. A simples aplicação desse elemento contribui de forma considerável e decisiva para uma abordagem dinâmica da posse. Em todos os momentos em que a posse destacar-se — seja em interdito, sejam em usucapião, — se o intérprete compreender a concepção de Ihering em sua abrangência, terá elementos para decidir com respeitável margem de segurança, afastando os equívocos que vêm sendo cometidos.

A filiação do diploma civil a uma corrente de pensamento, no caso do direito nacional, a teoria objetiva, leva, necessariamente, à observância de suas diretrizes.

Surge, no entanto, um problema de real significado: quem deixa um bem sem exploração, na expectativa de sua valorização, esperando que seja vencida a inflação, não está dando ao bem uma *destinação econômica*? A resposta será positiva, sem dúvida alguma. E como venceremos esse obstáculo que, por si só, põe por terra toda a argumentação até agora desenvolvida?

Para respondermos a essa pergunta devemos lembrar que a visão de posse, segundo as duas doutrinas citadas, é eminentemente romanista. Isto leva a uma abordagem individual, característica marcante do pensamento jurídico romano. Ressaltando o *econômico* da relação possessória, Ihering ficou preso ao individualismo, que justifica a mera especulação.

O elemento que falta é o *social*, é a visão dos fatos sob uma ótica coletiva, que não se confunde com a massificação comunista, igualmente prejudicial.

5.3. O elemento social

Ao utilizarmos o vocábulo *social* estamos nos opondo ao *individual*, significando que a apropriação dos bens e sua utilização não ficam sem medida, não se manifesta ilimitadamente, segundo o critério único do indivíduo, mas exige, ao mesmo tempo, uma ótica coletiva.

A propriedade quirritária, ilimitada e absoluta, cedeu passo a limitações mesmo no direito romano. No interesse público encontramos o *usus publicus* ou a *negotiandi causa*; no particular, temos o *ambitus finis*, o *tertio quoque die*, entre outros. Percebemos que mesmo numa sociedade, ditada pelo individualismo, notou-se que a apropriação e utilização dos bens encontra certos limites no interesse geral. A importância da circulação da riqueza, aliada ao respeito aos anseios individuais, encontra seu equilíbrio nos limites em que não haja desestímulo à atividade individual, nem prejuízo aos interesses de todos. A riqueza circulando é que dá vida ao organismo social, assegurando os interesses de seu detentor e dos que se beneficiam de seu fluxo. A *improdutividade de um bem* cria um vazio social e econômico, uma zona nebulosa, que contribuirá sensivelmente para a turbulência.

O *social* significa, não o aniquilamento do direito subjetivo, e sua substituição pela noção de *função social*, mas apenas que a apropriação e utilização dos bens encontra sua legitimidade no uso, que torna o bem *produtivo*.

Se voltarmos nossas vistas para a Constituição de 1934, já vamos encontrar o reflexo desse modo de ver os fatos, plasmado no art. 125, que estatui: "Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita".

Vemos ser ressaltada a força do trabalho pela *produtividade*. Não basta morar, é preciso tornar a terra *produtiva*.

E hoje temos o usucapião especial, disciplinado pela Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, repetindo o mesmo conceito de *produtividade*, como um dos requisitos indispensáveis para a aquisição do domínio. E quando a lei reclama do possuidor que não seja proprietário rural ou urbano, fica evidente que quer afastar a especulação, unindo o *econômico* com o interesse social.

A mesma idéia está contida no art. 171 da Constituição Federal, que dispõe: "A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família".

Temos aqui a figura da *posse-trabalho*, que o Projeto de Código Civil pretende atender no § 4º do art. 1.229, nos seguintes termos: "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

Vemos, novamente, o *social* prontificando-se na aquisição do domínio, na apropriação do bem e sua utilização.

Encontramos no *Estatuto da Terra* mais um instrumento legal em que a idéia do *econômico* e do *social* se integram. O § 1º, do art. 1º é incisivo: "Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificação no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade".

A preocupação com a *produtividade* do bem é manifesta. E a noção de justiça social vincula a posse à utilização real e efetiva. E o art. 2º assegura a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua *função social*, dentro dos limites traçados pela Lei. E nos parágrafos e alíneas do dispositivo citado vamos encontrar as diretrizes dentro das quais a propriedade da terra realiza sua função social: quando favorece o bem-estar dos proprietários e traba-

lhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; mantém níveis satisfatórios de produtividade, entre outros. Impõe ao Poder Público o dever de diligenciar no sentido de estimular planos para que se proceda a uma racional utilização da terra.

Sentimos de maneira bastante sensível que a preocupação da lei é promover os meios adequados para que a terra fique em mãos daquele que a torne produtiva, de tal forma que surja uma propriedade agrícola de produção adequada.³⁶

Entre os casos de perda da propriedade imóvel encontramos a desapropriação por interesse social, em que as circunstâncias ditam a distribuição da propriedade para melhor aproveitamento ou maior produtividade em benefício da coletividade.³⁷ Sua decretação se faz para promover: a) a justa distribuição da propriedade; ou b) condicionar o seu uso ao bem-estar social.³⁸ E a Lei nº 4.132/62 enumera os casos em que se considera haver interesse social: 1. o aproveitamento de *todo bem improdutivo* ou explorado *sem correspondência* com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deva ou possa suprir por seu *destino econômico*; 2. a instalação ou intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça ao plano de zoneamento agrícola; 3. o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; 4. a manutenção de posseiros em terrenos urbanos, onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias; 5. a construção de casas populares; 6. as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que *não sejam ditas áreas*

36. Sílvio Rodrigues. «Curso de Direito Civil». v. 5, p. 108.

37. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *apud* Limongi França. «Manual prático das desapropriações». p. 57.

38. *Op. cit.*

socialmente aproveitadas; 7. a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais. E nos parágrafos seguintes diz que “só se aplicará nos casos de bens retirados de produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente exploradas, seja inferior à média da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados”.

Em todos os casos apontados vemos a união do elemento econômico, plasmado na utilização do bem segundo sua destinação, e o social, em que se põe em relevo o bem estar social.

Ê manifesta a preocupação de adequar a utilização do bem à sua finalidade econômica. Se rural, a diretriz marcante é agilizar o uso, assegurando a terra a quem, pelo trabalho, tornou-a produtiva; se urbano, a busca é no sentido de colocá-la a serviço da habitação, quando não se procede a uma exploração de acordo com as necessidades de habitação e trabalho.

Nada mais temos do que a realização do princípio da função social da propriedade, consagrado pela Constituição Federal (art. 160, III). Ê a subordinação da propriedade ao bem-estar social. Ê a posição já encontrada no texto de 1946.

Não se nega a propriedade individual; não se restringe o uso, gozo e disposição. O que vemos é a subordinação o uso ao bem-estar coletivo. A propriedade não é mais ilimitada, absoluta, como no direito quiritário; não é sagrada ou inviolável. Conhece limites no interesse de todos.

O direito positivo acolheu o *solidarismo* de Duguit e o *espiritualismo* dos neotomistas. Os bens não são dados aos homens para que eles lhes extraiam o máximo de benefício e bem-estar em detrimento dos demais, mas que sejam utilizados visando o bem-estar social. Ê a batalha contra o egoísmo.³⁹

39. V. Caio Mário da Silva Pereira. «Instituições de Direito Civil», v. 4, p. 76; Manoel Gonçalves Pereira Filho. «Comentários à Constituição Brasileira». v. 3, p. 166; Pontes de Miranda. «Comentários à Constituição de 1967». v. 6, p. 47.

Em que pese as críticas que possa merecer essa concepção, não vemos dificuldade em conciliar a propriedade individual, o direito subjetivo, com a noção de *função social*. A dificuldade em aceitar essa abordagem é justamente o egoísmo, em uma sociedade em que destruir tem sido o verbo mais conjugado. Mas essa idéia vem ganhando corpo, na mesma medida em que desapareceu a propriedade absoluta do direito quiritário. Há uma evolução moral do indivíduo, que reflete naturalmente nos textos legais, porque a visão dos fatos, das relações, passa a ser feita sob um prisma mais elevado.

Devemos entender que quem utiliza a riqueza sem pensar apenas em si, mas faz com que ela circule, dá-lhe uma feição dinâmica; embora obtenha proveito pessoal, não merece censura porque está atendendo aos anseios sociais, também. O proprietário rural que explora suas terras, pouco importando a extensão, dá ao bem uma utilização de acordo com sua destinação natural, segundo aquilo que economicamente se lhe exige. E sob o ponto de vista social, seu comportamento merece apoio, porque está colocando sua riqueza a serviço de todos, seja pela produção, que trará ao mercado, seja pela oportunidade de trabalho que oferece.

O *social* afasta, obrigatoriamente, a especulação, impondo ao possuidor uma posição dinâmica. Não basta a disposição do bem, mas sua utilização real e efetiva.

O princípio está perfeitamente de acordo com a consciência jurídica nacional, como vimos nas leis e na Constituição Federal. E esse dado não admite esquecimento em estudo que se promova da posse, no mundo moderno.

5.4. *Posse e detenção*

Dispomos dos elementos necessários à formulação de um conceito de posse que encontre adequação nos tempos atuais.

Sabemos da dificuldade de se delinear uma definição, e por isso mesmo, sempre nos afastamos de fazê-lo em estudos anteriores que empreendemos sobre outros institutos jurídicos. Dificilmente é encontrada uma definição isenta de crítica, porque o poder de síntese, base indispensável da definição

salutar, é realização das mais complexas. Obter resultado satisfatório, em juízo que consiga extrair os pontos relevantes do objeto, é tarefa que muitos têm falhado. Isto sempre nos levou a buscar o perfil do instituto, destacar suas características peculiares, sem submeter nossas conclusões a uma fórmula sintética.

Não vamos fugir desse entendimento. Falamos em um conceito de posse, mas o que pretendemos é, efetivamente, elaborar um perfil que ofereça os pontos fundamentais e relevantes do instituto, segundo a visão que entendemos adequada ao mundo moderno, mas sem a preocupação de definir, como tradicionalmente se entende.

Realçamos que um dos equívocos que se comete em matéria possessória — e Savigny e Ihering não ficam isentos de crítica, — é confundir os institutos da posse e da propriedade, quando, na realidade, são conceitos distintos. Não é possível admitir que um sirva à formulação do outro. E o equívoco apontado leva a situações incompreensíveis, como a *exceptio proprietatis*.

A posse é um fato reconhecido pela ordem jurídica, independentemente da propriedade. Tanto isso é verdade que o possuidor não-proprietário pode vencer o proprietário não-possuidor. Se formos admitir que a tutela da posse se faz em homenagem ao domínio — e Ihering assim entende, — como justificar uma situação como essa? E sob um outro aspecto, o proprietário não é necessariamente possuidor. Muitas e muitas vezes ele nem chega a praticar ato possessório, ou seja, a utilizar o bem. Adquire-lhe o domínio e nunca utiliza.

A posse unida ao tempo leva ao domínio, observados os requisitos de direito positivo. Mais uma vez a posse aparece distinta, autônoma, levando a uma posição diversa do domínio.

Ao sustentarmos a *autonomia* da posse, fazemo-lo no sentido de não confundi-la com a propriedade. São formas de apropriação de bens, com características próprias. O proprietário tem o poder sobre o bem, fundado em título, mas o ordenamento jurídico não lhe exige uma atitude ativa. Satis-

faz apenas a circunstância de ter o título. Poderá ser mero especulador. Em momento algum se lhe impõe o dever de *agir*, de *exigir* do objeto os *serviços* que está apto a *oferecer*. Diversa é a situação do possuidor. Seu direito só se plasma, toma forma e corpo, a partir do momento em que ele *utiliza* o bem, torna *efetiva* a gama de serviços que ele oferece. O proprietário pode assumir uma atitude inerte, o que não se permite ao possuidor, cujo comportamento será necessariamente dinâmico. Se nós confundimos os dois conceitos, utilizamos de um para formular o outro, entramos em processo de contradição, porque vamos conceituar o dinâmico partindo do estático. E pensamos que mesmo Ihering percebeu esse caráter dinâmico, pois via na posse a visibilidade do domínio, ou em outras palavras, que o possuidor era quem tornava efetivos os poderes inerentes ao domínio. Mas essa abordagem não satisfaz, pois leva a uma vinculação que, cientificamente inexistente, além de se prestar a confusões.

Pensamos que a primeira providência é não conceituar a posse partindo da noção de propriedade. Dizer que possuidor é quem tem de fato o exercício, pleno, ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, é uma visão tímida, que submete a posse à propriedade, em uma visão que se cristalizou no direito romano, quando lá a posse tinha razões históricas e práticas diversas da que realiza no mundo moderno.

A posse é uma forma de apropriação dos bens, que se caracteriza e justifica, não porque existe a propriedade, mas necessariamente pelo caráter de ação que se lhe impõe. Ela se contrapõe ao domínio, porque neste o que prevalece é o estático. A disciplina da propriedade é uma das formas de que dispõe o ordenamento jurídico para que o tráfico social encontre desenvolvimento que assegure o equilíbrio, a harmonia e a paz indispensáveis a uma vida social suportável. Se não se tivesse dado essa disciplina, se não fosse criado o título, seu registro — no caso de imóveis, — viveríamos em constante instabilidade. E dentro de uma visão individualista, a propriedade acabou por bastar a si mesma. A legitimação decorrente do título seria o limite ideal. Ocorre que a par dessa relação, caminhando a seu lado, mas sem se confundir

com ela, vamos encontrar situações de fato, ou seja, casos em que o bem fica submetido a alguém sem título. Intuitivamente o homem percebe que a riqueza tem um sentido social, também. E entre quem utiliza, dá ao bem sua destinação econômica, e aquele que, tendo título, mantém-se inerte, a consciência social faz opção pelo último, porque ele acaba por atender aos anseios sociais. Isto não se dava em Roma. A posse surge para atender à necessidade prática, e dentro dessa visão é que assistimos ao nascimento da propriedade de fato, pretoriana ou bonitária. E já notamos, mesmo numa sociedade individualista, que o indivíduo percebeu que havia situações em que alguém dispunha efetivamente do bem, em oposição àquela outra em que ele apenas tinha título. Inspirado por razões práticas a posse evoluía. Desaparecida a razão de fato, desaparecendo a distinção entre direito quiritário e pretoriano, a confusão manteve-se, certamente porque não houve abordagem científica. E ao se promover à sistematização da posse, ela veio impregnada de direito romano.

A posse não é apenas um pressuposto para aquisição do domínio. Ela tem em si mesma conseqüências práticas importantes, reconhecidas pelos diversos ordenamentos jurídicos. O simples fato de possuir já traz conseqüências econômicas importantes, ainda que a posse não seja hábil ao domínio. Ao assegurar o possuidor por meio dos interditos, o direito acaba por lhe garantir a utilização do bem, e, conseqüentemente, a possibilidade de obter-lhe os serviços. Vamos encontrar soluções diversas no que tange à percepção de frutos, às construções e plantações.

O possuidor, assegurado pelos interditos, continuará a dispor dos bens, obter-lhe os serviços, o que tem conseqüências práticas indiscutíveis. Até que seja condenado à restituição, no juízo petitorio, desenha-se um quadro de importância, pelos benefícios que vai colhendo na utilização e fruição do bem.

Assim, posse e propriedade são institutos que apresentam aspectos próprios, particulares, com conseqüências definidas, que justificam a distinção, a desvinculação dos conceitos.

O conceito de posse partirá, necessariamente, da posse em si mesma, como forma de apropriação de bens. Sua característica fundamental encontra-se no fato de o possuidor estar vinculado à utilização do bem. É ela que legitima a posse. O proprietário é titular do direito de usar, gozar e dispor, mas não lhe é imposta obrigação de assim proceder. Admite-se uma atitude passiva, pois sua legitimidade vem do título. Isto não se passa com a posse, em que o possuidor é levado a exigir os serviços que o bem oferece, sob pena de não cristalizar o instituto. Daí dizer que a posse é essencialmente dinâmica, contrapondo-se à propriedade.

Posse é a *utilização* do objeto, porque o possuidor torna o bem útil, tira-lhe proveito. A adequação do vocábulo é perfeita porque evita a abordagem analítica do diploma civil, afastando-se da noção de propriedade. Mas essa *utilização* não é aleatória, mas vinculada a determinados valores, que lhe traçam os limites, o universo de ação! A utilização se faz segundo a *destinação econômico-social do bem*, ou seja, segundo seu estado normal de servir o homem, mas voltada para a produtividade. O econômico e o social unem-se para dar a coloração viva da posse, traçando-lhe o alcance. Só quando alguém utiliza um bem, adequando-o à sua finalidade normal, tornando-o produtivo, temos a posse.

Posse é utilização do bem segundo sua destinação econômico-social.

Há situações em que uma pessoa pode passar aos olhos de todos como se possuidor fora, sem sê-lo realmente. É que entre ele e o real possuidor existe um *vínculo de subordinação*, ele está servindo outrem, exercendo poderes alheios. É o servidor da posse do direito alemão, o detentor do direito nacional. O diploma civil tem-no como aquele que detém a coisa em nome de outrem, ou de acordo com instruções que recebera.

Procurando distinguir essa situação da posse, a teoria subjetiva fez repousar no *animus* o divisor entre os dois territórios. Para Savigny não podemos falar em posse na ausência

do *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, ou seja, vontade de possuir como proprietário ou vontade de possuir para si. Assim, não é bastante deter a coisa, mas detê-la com a intenção de exercer o direito de propriedade.

Ihering não nega a existência do *animus*, mas entende que é impossível distinguir detenção e posse pelo *animus*. Não haveria uma vontade própria da posse e outra da detenção. O subjetivismo não recomendaria a solução. Sustenta ele que a solução é adotar um critério legal, havendo posse até que um obstáculo legal degrade a posse à condição de detenção.

O critério defendido por Savigny ressent-se do subjetivismo, e, do ponto de vista prático, levaria a investigações difíceis de serem feitas, com resultados duvidosos.

A tese desenvolvida por Ihering peca por pouco científica. Se admitirmos que detenção é o que o legislador define, ficamos sem resposta convincente, porque caberá sempre perquirir qual a razão que fez com que ele assim procedesse. Além do mais cabe à doutrina erigir os suportes conceituais para o legislador.

Entendemos que as duas teorias levam a extremos que não atendem a uma distribuição correta da Justiça.

Como vamos enfrentar o problema?

A distinção reside na relação interna que vincula o possuidor àquele que lhe está subordinado. Essa relação dificilmente é revelada aos olhos de terceiros. Se alguém vê o empregado que toma conta de uma propriedade agrícola atendendo ordem do titular do domínio, no caso seu patrão, não saberá se ele é possuidor ou detentor. Há uma *relação de dependência* entre eles que afasta a posse. O detentor não utiliza o bem, ou seja, não lhe tira qualquer proveito direto. O benefício que lhe advém tem fonte e origem no vínculo de subordinação, na relação de dependência com o possuidor. Assim, o perfil da detenção vai encontrar seu elemento característico nessa relação interna, vale dizer, nessa relação de dependência, nesse vínculo de subordinação.

Sem uma preocupação de definir, mas apenas de realçar os traços mais marcantes da detenção, podemos tê-la como sendo a *relação de fato com o bem decorrente de vínculo de subordinação*.

Essa abordagem afasta o subjetivismo de Savigny, ao mesmo tempo em que oferece ao legislador um dado para a disciplina da espécie. Não cabe mais a ele, como pretende Thering, dizer quando há detenção, pois partirá de conceito já delineado.