

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A Tutela da Posse e a Crise das Codificações: entre a Constituição e o Novo
Código Civil**

CURITIBA

2006

DESDÊMOMA TENÓRIO DE BRITO TOLEDO ARRUDA

**A Tutela da Posse e a Crise das Codificações: entre a Constituição e o Novo
Código Civil**

Monografia de conclusão de curso apresentada pela acadêmica Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél.

CURITIBA**2006****AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor José Antonio Peres Gediel, por toda a atenção;

Aos Professores Doutores Eroulths Cortiano Junior; Luiz Edson Fachin e Carmen Lúcia Silveira Ramos (*in memoriam*), por todas as lições;

Agradeço, também, meu pai, pela busca incessante de livros; minha mãe e meu irmão, por tudo;

Em especial, agradeço Gabriel Jamur Gomes, por todo o carinho, além da paciência na revisão das notas.

Ainda que este trabalho não esteja à altura de todos que, de alguma forma, ajudaram-me, certamente, sem o auxílio deles, sua concretização não seria possível. Por isso, minha gratidão.

Direito (o) – Não se sabe o que é.

(FLAUBERT, Gustave. *Dicionário das Idéias Feitas*. Lisboa: Editorial Estampa, 1974.)

RESUMO

O presente estudo dedica-se à investigação da proteção que o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002, conferem ao instituto da posse. A pesquisa busca evidenciar a influência das teorias objetiva e subjetiva da posse, de Ihering e Savigny, no tratamento do instituto, além de perquirir também as raízes históricas do direito de propriedade e da posse. O estudo também serve-se dos conceitos da crise das codificações, da necessidade da repersonalização do Direito Civil, visto sempre sob a ótica da Constitucionalização, para tecer considerações acerca do descompasso que se pode observar entre o estatuto privatístico, norteado pela Constituição, acerca da posse e seus reflexos na realidade pátria.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS

..... 3

EPÍGRAFE

..... 4

RESUMO

.....

5

SUMÁRIO

.....

6

INTRODUÇÃO

..... 7

CAPÍTULO 1 – TEORIAS SOBRE A POSSE

11

1.1 – POSSE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

11

1.2 – AS TEORIAS DE SAVIGNY E DE IHERING

16

1.3 – A RECEPÇÃO DA TEORIA OBJETIVA PELAS CODIFICAÇÕES EM CRISE 26

1.4 – NATUREZA DA POSSE

..... 32

CAPÍTULO 2 – NOTÍCIA HISTÓRICA

..... 34

2.1 NECESSÁRIA REFERÊNCIA HISTÓRICA
342.2 POSSE E PROPRIEDADE NA HISTÓRIA
362.3 POSSE E PROPRIEDADE NO BRASIL
47

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DA POSSE

..... 53

3.1 A TUTELA DA POSSE NA CONSTITUIÇÃO
533.2 A TUTELA DA POSSE NO NCCB
..... 58

CONCLUSÃO

..... 61

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

65

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo investigar a tutela conferida à posse no Direito Civil Brasileiro, a partir da Constituição e da Codificação Civil. Em virtude da amplitude e da extensão do tema, nosso trabalho não tem pretensão exaustiva, mas sim investigativa¹, de modo a apresentar a forma como o instituto da posse vem sendo tratado, sobretudo, no cenário jurídico brasileiro atual.

A importância do tema é facilmente justificável, já que vivemos em uma sociedade em que as trocas de capitais são indispensáveis. De acordo com Eroulths CORTIANO Junior, “quem pode ter é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que **tenha**. É a propriedade quem qualifica o sujeito. Os não-proprietários são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia.”² Sendo assim, o estudo da posse e da propriedade e dos demais direitos reais, bem como do tratamento jurídico que lhes é dedicado torna-se fundamental para compreensão da realidade. Em particular, o estudo da posse revela sua importância, especialmente, em razão da valorização que o ordenamento jurídico lhe nega, pois somente confere à propriedade o status de direito *real*, categoria em que a posse, de acordo com o direito positivado, embora possa haver divergências na doutrina, não ingressa. Porém, mesmo não sendo reconhecida como direito real pelo ordenamento, a posse pode funcionar, na prática, como instrumento que possibilite a ascensão do sujeito não-proprietário ao *status* de proprietário. Ou, ainda, ter sua tutela autônoma reconhecida, servindo, deste modo, na prática, como verdadeiro direito.

Neste mesmo sentido, sublinhamos a lição de Ana Rita Vieira ALBUQUERQUE, que afirma: “através do descompasso metodológico entre a práxis judicial e o que dispõe o estatuto privatístico acerca da posse, sentimos cada vez mais a necessidade de retomar o verdadeiro sentido do instituto da posse, ou seja, um

¹ A pretensão exaustiva não compõe a monografia de conclusão de curso. O intuito de exaurir o tema é da monografia científica, ou seja, da tese. Nesse sentido: “Um elemento caracterizador da tese em relação à monografia: *ser exaustiva quanto ao aprofundamento da parte teórica*”. SALOMON, Delcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 254, grifo do autor.

² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121. Grifos no original.

instituto concebido independentemente da propriedade, capaz por si mesmo de responder às contingências sociais, tanto por ser evidente em seu conceito um elemento externo, a **consciência social**, tal como propõe Saleilles, como por apresentar no seu conteúdo uma função social imanente.”³

Orlando GOMES, citando Lafayette, explica que, em seus aspectos fundamentais, o Direito das Coisas define o poder do homem, no âmbito jurídico, sobre a natureza física, em seus diversos reflexos, e em regular a aquisição, o exercício, a conservação, a reivindicação e a perda daquele poder, à luz dos princípios consagrados nas leis positivas.⁴ Desta forma, fica evidenciado que o estudo acerca do Direito das Coisas, no qual se insere a posse, atinge um dos aspectos de maior relevo da vida social.

Iniciamos, por isso, a pesquisa a partir de considerações gerais sobre a posse e também analisando os fundamentos do instituto, ou seja, das teorias clássicas sobre a posse, perquirindo o trabalho dos dois teóricos modernos do tema: Rudolph Von IHERING e Friedrich Karl von SAVIGNY, os quais elaboraram, respectivamente, as teorias objetiva e subjetiva da posse. Estas teorias, ainda que sejam datadas do século XIX, são de tamanha importância que continuam, até os dias atuais, a influenciar o pensamento jurídico e a construção legislativa acerca do instituto da posse.

A partir daí, investigamos, ainda que superficialmente, as notícias históricas acerca do instituto da posse e do direito de propriedade. Como não se trata do objeto principal do tema, a análise será breve. Porém, faz-se necessária, dada a relevante influência que o contexto histórico exerce sobre o instituto. Para a análise do histórico, recorreremos principalmente aos ensinamentos de Paolo GROSSI.

Feitas essas considerações, partimos para o tratamento do tema no ordenamento civil brasileiro e de seus efeitos na realidade social pátria, bem como as conclusões. Marcos teóricos fundamentais desse percurso serão, entre outros, especialmente, Luiz Edson FACHIN e Eroulths CORTIANO Junior, na doutrina

³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. xiii. Grifos no original.

⁴ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

brasileira, e António Menezes CORDEIRO e Manuel RODRIGUES, na doutrina lusitana.

A análise da insuficiência do conceito de posse positivado no Novo Código Civil Brasileiro também será explicitada. Ainda que devesse ter sido contemplado pelo princípio constitucionalmente garantido da função social da propriedade⁵, quando analisamos o conceito codificado, aquele do artigo 1.196 do Código Civil de 2002, percebem-se há marcantes resquícios da tradição clássica de considerar a posse como mero reflexo da propriedade.⁶ Essa insuficiência do conceito codificado pode ser explicada através da crise das codificações, fenômeno complexo, do qual trataremos brevemente. Entretanto, sempre guiados pela premissa de que a Constituição deve ser o centro irradiador do ordenamento, de forma a proporcionar uma hermenêutica do Direito Civil embasada nos princípios constitucionais⁷.

Para tal crítica, recorreremos a António MENEZES CORDEIRO, para ressaltar que a que a posse é um instituto jurídico autônomo, há muito dado e confirmado pela História. Como tal, ela tem um papel próprio que não pode ser, rigorosamente, reconduzido a qualquer outro instituto.⁸ Daí a importância de seu estudo na contemporaneidade. No mesmo sentido, a lição de Luiz Edson FACHIN de que é muito freqüente a idéia de que a “noção de que a posse é mera exteriorização da propriedade, admitindo-se excepcionalmente a figura do possuidor não proprietário. Enjaular o fenômeno possessório dessa forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mas ainda não reconhecida. Esse confinamento hoje inaceitável é contraditado pela prioridade histórica da posse sobre a propriedade. Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora de propriedade, isto é, a posse para a usucapião. Além disso, enquanto vinculada à

⁵ Constituição Federal de 1988, art. 5º inciso XXIII: A propriedade atenderá a sua função social.

⁶ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol. [...] Os princípios e as regras constitucionais se aplicam direta e imediatamente nas relações interprivadas.”

⁸ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 50.

propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito.”⁹ Necessária se faz, portanto, uma visão socialmente preocupada, que permita o enfoque da posse e sua aplicação enquanto instituto voltado à satisfazer as necessidades vitais das pessoas, de modo a concretizar o princípio constitucional da função social da propriedade, tornando a posse, para citar mais uma vez os ensinamentos do Professor Luiz Edson Fachin, instrumento para que o solo seja mais abrigo e menos exclusão, em uma perspectiva orientada a refutar o primado do individualismo, buscando inspiração em valores humanistas.¹⁰ Para estudar a posse contemporaneamente é fundamental atentar para a funcionalização do instituto, bem como observar que, ainda que haja avanços legislativos, nem sempre a práxis judicial os acompanha.¹¹ Além disso, a tutela autônoma da posse é um problema que não se esgota apenas com a concretização de sua dimensão funcional, mas que deve ir além, possibilitando uma tutela jurídica que compreenda o fenômeno possessório em sua amplitude e não apenas como salvaguarda da propriedade.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 13.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson, A Cidade Nuclear e o Direito Periférico é, RT v. 723 janeiro de 1996, p. 109. Segundo FACHIN, “A publicização da posse revela a sua importância ao uso e o gozo das coisas pelas pessoas, para a satisfação de suas necessidades vitais.” FACHIN, Luiz Edson, *O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória*. Folha de São Paulo. p. 2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

¹¹ “Os estudos acerca da função social da posse têm sua base retórica não apenas na compressão do Direito Privado conforme traçado em nosso Código Civil, mas sobretudo através da análise dos preceitos e valores estabelecidos na Constituição da República.” ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. xvi.

CAPÍTULO 1 – TEORIAS SOBRE A POSSE.

1.1 – Posse: Considerações Iniciais.

A posse, ensina Luiz Edson FACHIN, ao lado da propriedade e da empresa, está na base de sustentação de um dos pilares do sistema jurídico espelhado no Direito Civil tradicional, ou seja, oitocentista e burguês.¹² Os três institutos – posse, propriedade e empresa - propiciam edificar uma espécie de estatuto sobre o patrimônio.¹³ Desse estatuto jurídico sobre o patrimônio nascem os direitos e deveres referentes à titularidade de bens, coisas e interesses, os quais se posicionam dentro do Direito Privado, da mesma forma que o contrato e a família. O tema da posse, na qualidade de instituto jurídico, situa-se, como dissemos, no Direito Privado, mais especificamente no Direito Civil. A posse é, portanto, um instituto do Direito Civil. Dentro do Direito Civil, podemos dizer que a posse situa-se no capítulo dos Direitos Reais, os quais regulam o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica.¹⁴

Indicada a inserção do instituto da posse no Direito Civil, é necessário observar que as relações jurídicas no campo dos direitos reais vêm sofrendo alterações há tempos. De acordo com Eroulths CORTIANO Junior, é por demais sabido que o direito civil clássico cuidava da propriedade enquanto forma de garantir a autonomia e a liberdade do sujeito de direito.¹⁵ É, porém, incontestável que o modelo civilista tradicional está em crise, notadamente no que toca ao tripé fundamental do direito

¹² Luiz Edson FACHIN na Introdução à atualização de: GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.1.

¹³ Luiz Edson FACHIN na Introdução à atualização de: GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.1.

¹⁴ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7. Para João CALVÃO, “O direito civil patrimonial abrange a dualidade clássica ‘direito das obrigações’ e ‘direitos reais’ ou ‘direitos das coisas’”. CALVÃO, João. *Direitos Reais – Algumas notas sumárias*, p. 4.

¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo) Carmen Lúcia Silveira Ramos et al. (Org.). *Diálogos sob o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

privado burguês: contrato, família e propriedade.¹⁶ O estudo do Direito das Coisas, nesse sentido, não pode ser feito de maneira compartimentalizada, ou seja, separada da realidade, mas, ao contrário, deve ser compreendido de modo inverso e justamente porque seu estudo incide num dos aspectos de maior relevo da vida social.¹⁷

Nessa esteira, permanecemos com a lição de Eroulths CORTIANO Junior que afirma que “a liberdade é, no quadro atual, a liberdade de ser e não de ter; a liberdade de realizar-se numa sociedade solidarística e não numa ordem individualista [...] Assim, a construção real da personalidade passar pelo construir coletivo, onde todos são chamados a colaborar, dando de si e do que é seu”.¹⁸ No entanto, necessário atentar para o descompasso entre o ideal e o real, conforme ensina José Antonio Peres GEDIEL: “A liberdade de apropriação privada de bens assegurada pela lei e garantida pelo Estado passou a atribuir ao proprietário poderes exclusivos de fruição das potencialidades econômicas dos bens apropriados, em oposição aos demais sujeitos.”¹⁹

No entanto, ainda que desejável, essa concepção solidária não é o que se percebe na prática. Conforme explica André Osório GONDINHO, apesar das valiosas contribuições no campo doutrinário, pouco se tem feito, no mundo fático, para democratizar a propriedade, para torná-la, nas palavras contundentes da doutrina, “*menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção*”.²⁰ Afinal, partindo ainda do pensamento de Eroulths CORTIANO Junior, “numa sociedade marcada pelo signo do econômico, decorrente da implantação de um novo modo de produção de riquezas, as coisas perderam seu valor transcendente, e passaram a valer e existir por aquilo que, em realidade, não eram. O valor de troca das coisas substituiu o

¹⁶ “É irrefutável que o modelo civilista herdado dos valores vigentes no final do século XIX está na pauta das crises e transformações, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito (contrato), projeto parental (família) e titularidades (posse e propriedade). GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

¹⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

¹⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo) Carmen Lúcia Silveira Ramos et al. (Org.). *Diálogos sob o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

¹⁹ GEDIEL. José Antonio Peres. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 16.

²⁰ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Função Social da Propriedade. TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 398.

seu valor de uso, sua verdadeira representação de satisfação das necessidades – no sentido mais amplo – do ser humano”.²¹

A partir do momento em que a propriedade passa a ser o princípio organizativo do sistema dentro da sociedade, a transcendência – leia-se: a existência de um valor para além do valor de troca – das coisas é dificilmente percebida ou visualizada, e assim permite-se a negação do indivíduo enquanto pessoa. Recuperar a transcendência das coisas, reaver o que a titularidade das coisas tem de instrumento para a realização concreta da existência humana significa ver a apropriação de bens por outros olhos, que devem revelar que as coisas de quem o homem se apropria servem para realizar o homem, e não para serem realizadas no homem.²² Importa pensar além do individualismo proprietário, aquele em que é impossível tratar o direito sem a proteção absoluta da propriedade privada individualista, excludente e patrimonialista.²³

Nesse contexto de transformações na esfera jurídica de proteção ao patrimônio e de incertezas econômicas, vislumbramos a posse como uma ferramenta muito importante no contexto social brasileiro. Teori Albino ZAVASCKI ressalta que é plenamente justificada a tutela jurídica da posse como instituto autônomo, a merecer, independentemente de sua relação com o direito de propriedade, um trato especial, apropriado à sua vocação natural de instrumento concretizador daquele importante princípio constitucional, o da função social da propriedade.²⁴ A desigualdade sócio-econômica, que atinge níveis mais do que alarmantes no Brasil, possibilita para as camadas de baixa renda que a posse funcione como ferramenta de ascensão social, uma vez que é capaz de possibilitar a aquisição da propriedade através de institutos

²¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo) Carmen Lúcia Silveira Ramos et al. (Org.). *Diálogos sob o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

²² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo) Carmen Lúcia Silveira Ramos et al. (Org.). *Diálogos sob o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

²³ STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gedieli; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>, p. 162.

²⁴ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 845.

juridicamente consagrados, como a usucapião.²⁵ Nesse sentido, pode-se observar que o instituto da posse guarda contradições. Uma delas é a de que parte considerável da doutrina e o ordenamento ainda o consideram como mero fato, e não direito, ainda que mereça proteção. Essa polêmica, entretanto, sobre o reconhecimento da posse como direito real, não faz parte do objeto do presente estudo, por se tratar de tema extremamente complexo, o qual não pretendemos abordar na abrangência desta investigação.

Demonstrada a importância da posse, passemos a examinar seu conceito. Conceituar a posse, aliás, é tarefa difícil. Para António Menezes Cordeiro, a posse surge como um dado irresistível; qualquer pessoa, mesmo simples ou infantil, entende o que ela exprime.²⁶ Apesar da noção de posse ser quase que intuitiva, a gênese do instituto é complexa. Mais especificamente, o estudo do instituto da posse, não pode prescindir de análise histórica e comparativista.

Como dissemos, conceituar o instituto jurídico da posse não é tarefa simples. Toda a dificuldade que cerca esta missão, para Orlando GOMES, reside em diferenciá-la da detenção.²⁷ A posse tem efeitos jurídicos, marcadamente no que se refere à sua proteção, enquanto que esses mesmos efeitos são negados à detenção. Ambas as teorias que investigaremos na presente seção, a Teoria Objetiva da Posse e a Teoria Subjetiva da Posse, trouxeram elementos importantes para estabelecer esta distinção.²⁸

Silvio RODRIGUES, em visão um tanto quanto simplória, relata-nos que os juristas da Roma Antiga não chegaram a investigar a natureza jurídica da posse. Tal

²⁵ No Novo Código Civil Brasileiro, a usucapião rege-se pelos artigos 1238 a 1244. Trata-se de modo de aquisição da propriedade por meio da posse. Existem hoje, no Direito Brasileiro, cinco modalidades de usucapião, sendo a mais recente delas aquela chamada usucapião coletiva, presente no Estatuto da Cidade. Nas favelas do Rio de Janeiro, observa-se a existência do chamado “direito de laje”, também consagrado no Estatuto da Cidade. Trata-se de espécie de direito real de superfície consagrada pela prática cotidiana e depois formalizada e legalizada. Meios de a população interagir economicamente, explorando e melhorando sua situação econômica sem depender exclusivamente do reconhecimento formal da legislação.

²⁶ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 8.

²⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31.

²⁸ “Preciso é, portanto, procurar esse critério, tal como o proporcionam as duas doutrinas básicas.” GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31

enfoque se justifica vez que o conceitualismo é uma preocupação que sensibilizou os juristas na modernidade. Os romanos não sistematizaram normas sobre o tema; contentaram-se em investigar o instituto e também criaram meios jurídicos para defendê-lo.²⁹ Depois dos romanos, escritores mais modernos desenvolveram diversas teorias para desvendar o instituto da posse. Dentre elas, emergem as mais célebres: a Teoria Subjetiva da Posse, de SAVIGNY; e a Teoria Objetiva da Posse, de IHERING.

SAVIGNY e IHERING buscaram uma noção de posse a partir da exegese de textos romanos. Fundaram duas teorias, opostas entre si, que influenciaram bastante doutrina e legislações, conforme já mencionadas: a teoria subjetiva, de SAVIGNY e a teoria objetiva, de IHERING. Enquanto para SAVIGNY o ponto de partida é a detenção, para IHERING o início da análise do instituto de dá a partir da posse (enquanto controle material, portanto voluntário, da coisa) que, se descaracterizada pelo ordenamento, reduzir-se-ia à mera detenção.³⁰ Analisaremos ambas as teorias a seguir.

²⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 18.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.

1.2 – As Teorias de Savigny e de Ihering

Friedrich Carl Von SAVIGNY expôs suas idéias em 1803, no *Tratado da Posse*, obra que, dentre outras tantas, ajudou a consagrá-lo. Antônio Menezes CORDEIRO afirma que SAVIGNY foi um dos cientistas-chaves na conformação do pensamento moderno sobre a posse.³¹ As idéias de SAVIGNY não eram completamente desconhecidas da doutrina jurídica.³² Porém, seu estudo foi importante para sistematizar no *Tratado da Posse*, de forma clara, o conhecimento que se tinha até então sobre o instituto.

O próprio IHERING, apesar de discordar veementemente da posição adotada por SAVIGNY, reconheceu que seu tratado abriu novos horizontes no concernente ao tema. Apesar de a teoria proposta por IHERING ter sido amplamente recepcionada pelas legislações do século XIX, conforme veremos adiante mais detalhadamente, as contribuições de SAVIGNY também foram marcantes. Vale ressaltar a opinião de Orlando GOMES, para quem há concessões ao sistema proposto por SAVIGNY em todas as codificações que preferiram a Doutrina Objetiva³³, daí a importância de perquirir o sistema proposto por SAVIGNY.

Orlando GOMES relata-nos que a obra de SAVIGNY é uma “tentativa de reconstrução sistemática da elaboração da posse no Direito Romano”.³⁴ Na Teoria Subjetiva, a posse nasce da conjugação de dois fatores: o *corpus* e o *animus*. O primeiro é o poder físico da pessoa sobre a coisa, enquanto que o segundo é a vontade

³¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 23.

³² Sobre o tema, Laura Beck Varela observa: “Parece-me relevante destacar [...] que, embora sejam Savigny e Ihering dois clássicos [...], não são os únicos representantes das teorias subjetiva e objetiva, respectivamente. Pelo contrário, como eles mesmos apontam, há séculos já era abundante o número de obras sobre o tema. A introdução à sétima edição francesa da obra de Savigny [...] contém uma extensa indicação de fontes, desde os romanos até o séc. XIX. A curiosidade jurídica em torno da posse mobilizou diversos juristas desde as escolas dos glosadores e dos comentadores”. VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre abstração e autonomia. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 793.

³³ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32.

³⁴ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32.

de ter essa coisa como sua. Ambos os elementos devem estar presentes para que se configure a posse. Nenhum dos dois, tomado isoladamente, faz-se suficiente.

Em havendo simplesmente o *corpus*, configura-se mera detenção, a chamada *naturalis possessio*, desprovida de efeitos jurídicos. A posse civil resultava efetiva somente quando da conjunção de ambos elementos. No pensamento savignyano, o fundamental da posse era dado pela usucapião e pela tutela possessória³⁵. Dessa forma, a idéia de detenção era fundamental.

SAVIGNY afirma que “designadamente, a detenção que se queira fazer valer como posse deve ser intencional, isto é, deve-se, para ser possuidor, não ter apenas a mera detenção, mas antes querer tê-la. Esta vontade correspondente à detenção deve, agora, ser determinada mais exactamente.”³⁶

Para os romanos, porém, fazia-se desnecessária a proteção possessória aos titulares de certos direitos que não podiam ter o *animus domini*. SAVIGNY, então, criou uma terceira categoria, a da posse derivada, na qual se encaixariam os credores pignoratícios, os precaristas e os depositários de coisa litigiosa.³⁷ Nesses casos, não havia transferência de domínio, daí a limitação de seus poderes e a justificativa para a criação de uma categoria à parte. O pretor, no Direito Romano, concedia proteção possessória a essas situações. No entanto, era uma posse anônima. O normal, mais comum e corriqueiro, era a posse civil.³⁸

A posse civil era constituída por dois elementos, conforme já mencionamos: o *corpus* e o *animus*. O *corpus*, poder de fato sobre a coisa, pressupõe a apreensão. É o elementos material, encontra-se no poder físico sobre a coisa Já o *animus* é exigido como vontade de ter a coisa própria.³⁹ Na expressão latina: *animus rem sibi habendi*, que literalmente significa intenção de ter a coisa para si.

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 23.

³⁶ SAVIGNY, F. C. *Das Recht des Besitzes*. Citado por CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 24.

³⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32.

³⁸ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

³⁹ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

Silvio RODRIGUES esclarece-nos que ambos os elementos são, de fato, indispensáveis para a caracterização da posse.⁴⁰ Isto porque, na ausência do *corpus*, não haverá relação de fato entre a pessoa e a coisa. E, na ausência do *animus*, configura-se mera detenção, e não posse.

Faz-se necessário gizar que o elemento *corpus* não é a coisa em si, porém aquilo que se denomina poder físico do possuidor sobre a coisa. O *corpus* é a supremacia de fato sobre a coisa, não somente o contato sobre a coisa; mas a simples possibilidade de exercer esse contato, tendo sempre a coisa à sua disposição.

Nesta toada, SAVIGNY, entendendo o *corpus* enquanto esta simples possibilidade de exercer contato sobre a coisa, estabeleceu a distinção também entre níveis de possibilidade (ou de *corpus*) conforme se tratasse de adquirir ou conservar a coisa.

É no *animus domini*, na vontade, que SAVIGNY funda a posse, pois ali estabelece seu elemento preponderante. É, também, dessa ênfase dada por SAVIGNY ao elemento *animus* que advém a denominação de subjetiva para sua teoria. Para Orlando GOMES, “as maiores críticas que lhe são dirigidas visam precisamente ao seu exagerado subjetivismo, que faz depender a posse de um estado íntimo difícil de ser precisado concretamente”.⁴¹

Na ausência do *animus* haveria não posse, mas mera detenção. SAVIGNY enuncia, então, um princípio, consagrado na teoria subjetiva, de que "o conhecimento de que a coisa pertence a outrem descaracteriza a possibilidade de posse por outro que não o proprietário"⁴².

Aquelas pessoas que SAVIGNY considera meras detentoras não gozariam, segundo sua teoria, de uma proteção direta da lei, e, ocorrendo turbacão ou esbulho da sua "posse natural", devem dirigir-se à pessoa que lhes conferiu a detenção para que esta pessoa, como possuidora, invoque a proteccão possessória.⁴³

⁴⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 18.

⁴¹ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

⁴² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Teoria subjetiva da posse* [online] Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5277&p=2>>. Última atualização em 23 de julho de 2005.

⁴³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Teoria subjetiva da posse* [online] Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5277&p=2>>. Última atualização em 23

Conforme Sílvio VENOSA, na teoria subjetiva é o *animus* que distingue o possuidor do simples detentor.⁴⁴ Apenas com a análise do *corpus* não seria possível a distinção, pois ambos exteriorizam o mesmo comportamento em relação à coisa aos olhos da comunidade. O que os diferenciaria seria a intenção, o elemento psicológico. Os detentores não possuem *animus domini*, mas *animo nomine alieno*.

Quanto à natureza jurídica da posse, SAVIGNY defendia que seria, simultaneamente, direito e fato. Considerada em si mesma, seria um fato; e considerada em seus efeitos, um direito.⁴⁵

Tal distinção, conforme veremos, evidencia-se bastante importante, por definir qual a tutela se demonstra mais apropriada ao instituto. Aliás, citando MENEZES CORDEIRO, os discursos concretos de SAVIGNY e de IHERING, não podem, hoje, ser pura e simplesmente subscritos: nem um, nem outro. As realidades que eles traduzem soam, porém, bastante atuais. Os estudiosos da posse têm o dever de as conhecer e o ónus de optar, em termos justificados.⁴⁶

Passemos agora à análise da Teoria Objetiva, de Rudolf Von IHERING. Sílvio RODRIGUES alerta-nos que IHERING inicialmente considera que a posse é condição do exercício da propriedade. O jurista brasileiro usa uma metáfora para esclarecer: a propriedade, sem a posse, seria um cofre sem chave.⁴⁷ Para IHERING, a distinção entre *corpus* e *animus* proposta por SAVIGNY seria rigorosamente insignificante. Entendia que a noção de *animus* estaria contida pela de *corpus*, sendo, na explicação de Sílvio RODRIGUES, a maneira como o proprietário age em face da coisa de que é possuidor⁴⁸.

Nesse sentido, a posse não seria a mera detenção da coisa, vez que o *animus* nada mais seria do que a intenção de usar a coisa como proprietário. Desta

de julho de 2005.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 56.

⁴⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 21.

⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 52. .

⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 18.

⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 21.

forma, a posse seria desvendada pela maneira como o proprietário age em face da coisa, considerando sua função econômica.

Na concepção da teoria de IHERING, o possuidor é aquele que age em face da coisa corpórea como se proprietário fosse, vez que a posse nada mais seria do que a exteriorização da propriedade.⁴⁹

Na visão um tanto quanto antiquada de Silvio RODRIGUES, o ordenamento jurídico protege a posse em razão de ser ela exteriorização do domínio, pois “o possuidor é o proprietário presuntivo”.⁵⁰ A lei deve, nesse sentido, proteger todo aquele que age sobre a coisa como se dela tivesse a propriedade, explorando-a economicamente. Como normalmente quem explora a coisa é o proprietário, protegendo o possuidor, está o ordenamento a proteger o proprietário, ainda que indiretamente.

Silvio RODRIGUES esclarece que os meios jurídicos de se proteger a posse são as ações possessórias. Nas palavras dele, “enquanto a ação reivindicatória é a propriedade na ofensiva, a ação possessória é a propriedade na defensiva”.⁵¹

A proteção da posse, nesse sentido, facilita a proteção da propriedade, vez que o proprietário fica dispensado da prova do domínio. Silvio RODRIGUES anota que, tomada essa opção, o ordenamento acabou por possibilitar imerecida proteção do possuidor. Essa possibilidade se verificaria quando o possuidor não é proprietário, mas um intruso.⁵² Evidencia-se a perspectiva conservadora, da proteção da posse apenas como reflexo da propriedade e não como meio de aquisição da propriedade. Silvio RODRIGUES anota que IHERING já havia reconhecido esta possibilidade. Porém, este seria o preço a se pagar para facilitar a proteção da posse para o proprietário.⁵³

⁴⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 19.

⁵⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 19.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 20.

⁵² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 20.

⁵³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 20: Silvio RODRIGUES cita IHERING: “[...] *Ainsi la concession de la protection possessoire au non ayant droit, alors que le but législatif n’avait en vue que l’ayant droit, n’apparaît que comme une suite non voulue, mais inévitable*” (in *Oeuvres Choisies – Possession. Théorie simplifiée*.) Tradução

Para IHERING, posse seria um direito. O doutrinador assim a considera a partir de sua definição para direito subjetivo, que seria o interesse juridicamente protegido, daí a natureza jurídica da posse.⁵⁴ Se há tutela, é direito.

Esta questão, contudo, não era (e continua não sendo) pacífica. Clóvis BEVILÁQUA e o próprio Silvio RODRIGUES negavam a natureza de direito à posse, entendendo que, ao contrário, ela seria apenas e tão somente *estado* de fato, tutelado pelo ordenamento em razão de ser emanção exterior da propriedade. Na concepção de Silvio RODRIGUES, a posse não poderia ser considerada direito real vez que não se encontrava no rol taxativo dos direitos reais enumerado pelo artigo 674 do Código Civil de 1916.⁵⁵

Orlando GOMES esclarece que a noção de posse não se completa apenas com a idéia de que é o conteúdo de um direito. Faz-se necessário acrescentar dois pontos de vista: a posse como condição do nascimento de um direito e a posse como fundamento de um direito.⁵⁶ IHERING clareia o cenário, ao tratar da posse como condição do nascimento de um direito. De acordo com este ponto de vista, a posse é indispensável para se chegar à propriedade. Não é, contudo, suficiente.

Há também que se considerar que a posse pode servir de fundamento para um direito, porque o possuidor tem o direito de se prevalecer dela até que alguém venha tomá-la apresentando-se com melhor direito.⁵⁷

Surge, então, de maneira bastante evidente, a oposição de IHERING frente à teoria de SAVIGNY. É justamente por dar mais ênfase ao elemento *animus* que a teoria de SAVIGNY é duramente criticada. Na realidade, isso se explica pela exagerada dependência a qual a teoria vincula a posse, determinando-a através de um estado íntimo do sujeito, difícil de ser provado em juízo, se necessário, ou mesmo averiguado no caso concreto.

livre: Assim, a concessão da proteção possessória a quem não tem direito proprietário, ainda que o objetivo do legislador não tenha sido este, aparece não apenas como uma consequência não desejada, porém inevitável.

⁵⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 21.

⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 22.

⁵⁶ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

⁵⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

Para IHERING, a distinção entre posse e detenção está na causa de aquisição, e não na natureza da vontade de possuir, como queria SAVIGNY. Orlando GOMES sintetiza a oposição: “Em suma, Ihering, opondo-se veementemente à reconstrução sistemática de SAVIGNY, repele a conceituação da posse que se baseia no elemento puramente subjetivo da vontade – o *animus domini*”.⁵⁸

Dessa forma, pode-se afirmar que a doutrina objetiva admite o desdobramento da relação possessória como um processo normal, que resulta da diversidade de formas da utilização econômica das coisas, consagrando a divisão da posse em direta e indireta, admitindo a posse dupla.⁵⁹

Nesta toada, a posse existirá sempre que haja a exteriorização da propriedade e deixará de existir quando extinto o exercício dos poderes inerentes ao domínio, citando o mestre Orlando GOMES.⁶⁰

Pode-se, então, afirmar que para IHERING, a posse trata-se do fato de uma pessoa proceder intencionalmente em relação à coisa, como normalmente procede o proprietário. Assim, o fundamento da proteção da posse não seria ela mesma, mas facilitar a defesa da propriedade, conforme defendem alguns juristas, embora haja divergências.

IHERING diminui o poder à vontade, ao aspecto subjetivo, pois discorda que haverá hipóteses em que o possuidor não poderá dispor fisicamente da coisa sem desvencilhar-se da posse e também porque o elemento subjetivo *animus* é muito difícil de ser provado.

Nesse mesmo sentido, o pensamento de IHERING resulta em alteração do que se entende por *animus* e passa a examiná-lo em outra perspectiva, de forma a entendê-lo enquanto a relação exterior que há comumente se estabelece entre o proprietário e a coisa, ou a aparência da propriedade.⁶¹

⁵⁸ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

⁵⁹ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37.

⁶⁰ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38.

⁶¹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Teoria subjetiva da posse* [online] Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5277&p=2>>. Última atualização em 23 de julho de 2005.

Faz-se importante, contudo, reafirmar que IHERING não chega a anular a influência da vontade na posse, entretanto, afirma que a vontade exerce na posse a mesma função que exerce em qualquer outra relação jurídica.⁶²

Assim, pode-se observar que a diferença entre a teoria subjetiva e teoria objetiva está no fato de que, para a teoria subjetiva, *corpus* mais *affectio tenendi* geram apenas detenção, devido à ausência do *animus domini*; e, para a teoria objetiva, *corpus* mais *affectio tenendi* são suficientes para gerar a posse, que somente se desclassificaria para detenção na existência de um imperativo legal que assim determinasse.

IHERING, para esclarecer o sentido das doutrinas subjetivista e objetivista, apresentou as seguintes fórmulas, que são normalmente repetidas em obras sobre o tema:

Teoria Subjetiva:

$$X = a + c + \alpha;$$

$$Y = a + c.$$

Teoria Objetiva:

$$X = a + c;$$

$$Y = a + c - n.$$

Legenda:

x = posse;

y = detenção;

a = *animus*, que deve existir mesmo no detentor, para que a situação tenha relevância jurídica;

c = *corpus*;

α = o plus de vontade que a teoria subjetiva requer para elevar a detenção à posse;

n = o fator legal que, segundo a teoria objetiva, conduz a posse à mera detenção.

O mestre Orlando GOMES ressalta que existem três pontos de divergência fundamentais entre as duas teorias. São eles: determinação dos elementos

⁶² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Teoria subjetiva da posse* [online] Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5277&p=2>>. Última atualização em 23 de julho de 2005.

constitutivos da posse; explicação da natureza da posse e fundamentação da proteção possessória.⁶³

Resumidamente, SAVIGNY entende que os elementos constitutivos da posse são o *corpus* e o *animus*. IHERING desconsidera tais elementos. A consequência dessa divergência é que na doutrina objetiva perde sentido a distinção operada na subjetiva entre posse e detenção. Na doutrina objetiva, os efeitos de proteção estendem-se aqueles que SAVIGNY entende serem meramente detentores.

Quanto ao segundo ponto, SAVIGNY entende que a posse é um fato que se converte em direito porque a lei o protege. IHERING entende, por sua vez, que a posse é um direito.

Quanto ao terceiro ponto, SAVIGNY entende que a defesa da posse deve existir enquanto decorrência do princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. IHERING, entretanto, entende que a proteção da posse justifica-se por ser um meio de proteger a propriedade.

Confrontando-se as duas teorias, percebe-se que a questão resume-se a saber identificar certas diferenças entre posse e detenção. Conforme comenta Luiz Edson FACHIN, “Abstraindo-se os aspectos teóricos, a questão se resumiria em saber se certas pessoas, como locatários, comodatários, e depositários, têm posse ou detenção”.⁶⁴ Os pontos de vista variam. Para os adeptos da teoria objetiva, seria posse. Para os partidários da subjetiva, seria detenção. De acordo com FACHIN, do ponto de vista prático, a postura de Jhering representa mais vantagens, uma vez que tais pessoas beneficiam-se da proteção possessória e da possibilidade de invocar os interditos.⁶⁵

Desta forma, pode-se afirmar que, para IHERING, o fundamento da teoria é a propriedade. A posse não passa de mera exteriorização da propriedade. Na teoria de SAVIGNY, porém, o fulcro é a pessoa. “para Savigny a posse é obtida à custa de uma vontade qualificada com “*animus domini*”, a partir da detenção, enquanto que Jhering a posse não é detenção qualificada, pois posse e detenção não se

⁶³ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

distinguem pela vontade mas sim pelo Direito, por um elemento normativo objetivo. Em Savigny a posse reúne o *corpus*, o contato físico, e o elemento intencional, o *animus domini*. Em Jhering, a posse também reúne o contato material e o *animus*, mas este tem valor secundário. A detenção, para Savigny, é o contato físico, um poder de fato, sem o *animus domini*. Para Jhering, detenção é o contato físico sobre o qual incide disposição legal que impede a existência da posse em certas relações”.⁶⁶

Donde se pode concluir que para a Teoria Subjetiva na ausência do *animus domini* haverá detenção. O problema que daí surge é a falta de proteção imediata para os detentores.⁶⁷

Em contraposição, a Teoria Objetiva oferece outra visão. Nela, os efeitos da posse são estendidos. Na lição de Luiz Edson FACHIN: “Já em Jhering, tal distinção perde a razão de ser, pois estende os efeitos da posse a todo ocupante que se apresente numa situação que deve ser tutelada pela ordem jurídica.”⁶⁸

Importa destacar que, para SAVIGNY, a natureza da posse determina-se pelos fatos, que geram conseqüências jurídicas. Voltando aos ensinamentos de Luiz Edson FACHIN: “Em IHERING, depreende-se que a posse é um direito, embora não explicita se pessoal ou real. Savigny justifica a defesa da posse como decorrência do princípio geral da interdição da violência, enquanto Jhering a fundamenta no fato de ser um meio de facilitar a defesa da propriedade.”⁶⁹

A polêmica é facilmente verificada na configuração dos elementos *corpus* e *animus*. Uma vez entendido o *corpus* como mera relação de fato entre o sujeito e a coisa, a posse é vista como fato.⁷⁰ A teoria de IHERING condiciona a posse à propriedade, o que é uma insistência num anacronismo, porém, por ser a teoria que

⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

⁶⁷ “A conseqüência é que os detentores não gozam de proteção direta e imediata”. FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 28.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 28.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 28.

⁷⁰ “O *corpus* pode ser entendido como a relação entre o sujeito e a coisa, daí ser a posse um fato. ‘Posse é fato’, assevera Pontes de Miranda”. FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 28.

oferece soluções práticas mais vantajosas é a que goza de maior recepção no direito legislado.⁷¹

⁷¹ A teoria de Jhering vê no *corpus* a exterioridade da propriedade, logo, onde não pode haver propriedade, não pode haver posse, e onde a propriedade é possível, a posse também o é. Mas essa postura, critica o professor Matos Peixoto, é um anacronismo, pois a posse é anterior à propriedade. FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 29.

1.3 – A Recepção da Teoria Objetiva pelas Codificações em Crise

Esclarecidas as duas teorias clássicas a respeito da posse, passemos agora a breves considerações sobre a recepção da doutrina de IHERING.

O célebre BGB, Código Civil Alemão, foi o primeiro a adotar a Teoria Objetiva, caracterizando, pela primeira vez, a posse sem o elemento subjetivo. As normas desta legislatura acerca da posse regulam-na de acordo com conceitos firmados na doutrina objetiva.

Na esteira do BGB, vários Códigos adotaram também o sistema de IHERING. São exemplos citados por Orlando GOMES: a Suíça, o Peru, a China e o México.⁷²

Apesar da grande influência do BGB, o código italiano manteve-se fiel ao pensamento clássico de SAVIGNY, em obra legislativa de alto padrão técnico.⁷³

O Código Civil de 1916 adotou a Teoria Objetiva da Posse, aquela formulada por IHERING. Clóvis BEVILÁQUA, autor do projeto do antigo Código, esclarece: "O [código] brasileiro afastou, inteiramente, a construção de SAVIGNY, por não corresponder à realidade dos fatos, nem à lógica do direito, e adotou a doutrina de IHERING."⁷⁴

Na ótica do Código de 16, o possuidor é aquele que age em face da coisa como se fosse o proprietário, vez que exerce algum dos poderes relativos ao domínio. Assim, para o codificador de 1916, a posse se configura como exteriorização da propriedade, dentro da concepção formulada por IHERING.

Silvio RODRIGUES reconhece que, no sistema do antigo Código, houve alguns pontos em que o legislador se deixou influenciar pela doutrina de SAVIGNY.

⁷² GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38.

⁷³ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38 (obs.: RA: revisão do atualizador, FACHIN, L.E.)

⁷⁴ BEVILÁQUA, C. *Código Civil*, obs. 3 ao art. 485, citado por RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 20. Ainda, no mesmo sentido: "Para Clóvis Beviláqua, 'o Código Civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Jhering sobre a posse'." GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38 (obs.: RA: revisão do atualizador, FACHIN, L.E.)

No entanto, apesar disso, a disciplina do instituto foi marcada pela doutrina de IHERING.⁷⁵

Orlando GOMES acrescenta que o Código Civil Brasileiro foi um dos primeiros a aceitar os princípios da doutrina objetiva. Portanto, discorda, apesar de BEVILÁQUA declarar sua predileção, que o sistema objetivo tenha sido adotado em toda a sua pureza original, embora a aproximação maior se dê, realmente, com a doutrina objetiva.⁷⁶

Orlando GOMES percebe inovações do Código de 1916 em relação ao ordenamento anterior, o qual era omissivo no que tocava a natureza da posse, fato que levava à aplicação do Direito Romano.

Vale ressaltar, ainda de acordo com Orlando GOMES, que o Código de 1916 possibilitou a assimilação das inovações pela doutrina e também pelas cortes graças à falta de sistematização referente a um conjunto ordenado de preceitos legais.⁷⁷ Foi nesse cenário que criou-se um movimento, na opinião do atualizador professor Luiz Edson FACHIN, salutar no sentido de se estender a defesa da posse aos direitos pessoais. Tal movimento poderia ter alcançado maior repercussão no que tange à caracterização da relação possessória, se certas resistências não houvessem freado tal impulso.⁷⁸

O Código Civil de 2002, no artigo 1.196, manteve o mesmo conceito de posse adotado pelo Código de 1916, o qual adotava a teoria objetiva da posse, de IHERING.

Entretanto, tal fato não deve significar que não houve avanços. Isto porque, no atual cenário em que vivemos, a interpretação do tema não deve ser pautada apenas pelo Código Civil, mas também pela Constituição. No dizer de Luiz Edson FACHIN,

“não pode mais a tutela da posse ser focalizada somente ao abrigo do Código Civil [...]. O leme que traça essa nova arquitetura navega pelo foro

⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 21.

⁷⁶ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

⁷⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

⁷⁸ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

constitucional, conjugando Direito Civil e Constituição. É na interseção desses dois campos que se apresenta o fundamento contemporâneo do regime tutelar da posse.”⁷⁹

É nesta esteira que surgem novos elementos a serem considerados, como, por exemplo, a função social da propriedade. A crise das codificações e a necessária constitucionalização do Direito Civil, bem como o movimento de repersonalização do direito civil nos levam a, obrigatoriamente, ler o Direito Privado à luz dos princípios fundamentais consagrados na Carta Constitucional.⁸⁰ Ainda que a função social da posse e da propriedade sejam temas complexos que não compõem o objeto principal de nosso estudo, que visa analisar a tutela da posse, indispensável mencioná-las e impossível analisar o tema sem se deter nessas importantes questões, mesmo porque a Constituição traz os valores retirados da sociedade, que está em constante transformação e evolução, os quais devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos, conforme Paulo Luiz Netto Lobo, de modo a evitar o engessamento que a codificação traz.⁸¹

Vale ressaltar que, de acordo com Orlando GOMES, nas notas do atualizador Luiz Edson FACHIN, para o Código Civil de 2002 se aplica ordem de idéias idêntica a da codificação de 1916 quanto à adoção da teoria objetiva⁸².

De acordo com Franz WIEACKER, a união entre os movimentos jusracionalista e iluminista produziu, após a Revolução Francesa, uma primeira grande onda das codificações modernas.⁸³ Pietro PERLINGIERI define código como o documento (uma lei, portanto) que contém um conjunto de proposições prescritivas das quais se extraem normas consideradas unitariamente, de acordo com uma idéia de

⁷⁹ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

⁸⁰ “A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação [...] por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 108.

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 108.

⁸² GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

⁸³ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado Moderno*. 2.ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993, p. 365.

coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor⁸⁴. Voltando a Franz WIEACKER, pode-se asseverar que o intuito das codificações é uma “planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”.⁸⁵ O Código apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana.⁸⁶ Vale ressaltar que os códigos civis tiveram como modelo o cidadão burguês, que não queria ver seus direitos limitados pelo Estado, e não a população como um todo.⁸⁷ O que significa que as primeiras constituições, inspiradas pelo liberalismo, não regularam as relações privadas. De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social.⁸⁸ Porém o modelo de Estado Liberal não foi suficiente. Conforme lição de Luiz Edson FACHIN, o direito privado clássico não responde aos imperativos da realidade, que exigem mais do que a liberdade individual e o egoísmo econômico.⁸⁹

Os grandes códigos pretendiam exaurir em seu conteúdo toda a disciplina de que determinada matéria (por exemplo, o Direito Privado, no caso dos Códigos Civis) necessitava. No entanto, os valores e as idéias que compunham a estrutura desses códigos, de acordo com Paulo Luiz Netto Lobo encontram-se superados, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas.⁹⁰ Surge então o

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3-4.

⁸⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado Moderno*. 2.ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993, p. 365.

⁸⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado Moderno*. 2.ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993, p. 378.

⁸⁷ Para Paulo Luiz Netto Lobo, “os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam (os Códigos entenderam) o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 101.

⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 101.

⁸⁹ “O Direito privado clássico não responde aos imperativos da realidade contemporânea, que indicam para as exigências de teto, abrigo e terra.” FACHIN, Luiz Edson, *O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória*. Folha de São Paulo. p. 2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109

movimento da descodificação⁹¹ do direito civil, em que ocorre a conjunção de vários ramos do direito no mesmo diploma legal, com instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos, dotados de natureza multidisciplinar.⁹² A repersonalização do direito, que pode ser sintetizada na seguinte lição de Paulo Luiz Netto Lobo:

a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana [...] A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.⁹³.

Importa para o presente estudo, sobremaneira, identificar a relação dos movimentos mencionados – crise das codificações e repersonalização do direito civil – com o tema tratado: a tutela jurídica da posse.

⁹¹ PERLINGIERI bem define o fenômeno da descodificação: “Ao lado do Código Civil (Italiano) de 1942, ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilístico, quanto aqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos desfavorecidos. A questão na reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 6.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 103.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999, p. 99-109, p. 103.

Deve-se entender que ainda que a Constituição consagre a função social da propriedade, que se possa falar em função social da posse, entendendo-a como um instrumento de acesso à propriedade, que o Estatuto da Cidade positive formas de acesso aos bens a partir da propriedade, quando se busca um conceito de posse no Direito Civil Brasileiro, invariavelmente recorreremos ao artigo 1.196 do Código Civil, o qual não tutela a posse de forma autônoma, ao contrário, confere proteção à posse na medida em que ela representa um reflexo da propriedade. Há que se ampliar o horizonte do jurista, fazendo ter eficácia a função social da propriedade e protegendo a posse enquanto possibilidade de acesso à propriedade, não apenas proteção do individualismo.⁹⁴

⁹⁴ Impossível não recorrer à lição de FACHIN e reproduzi-la aqui: “É que a armadura legal tem respondido com relativa perfeição às necessidades do sistema injusto de desenvolvimento do capital. Responde agora como já respondeu antes, desde a etapa histórica da fase colonial, bipartida entre o patriciado rural e as massas de escravos.

Essa via explica como o liberalismo, ancorado no que resultou da Revolução Francesa, vai mais tarde expulsar do palco esses remanescentes feudais, e põe em cena o primado do individualismo e o culto do voluntarismo. A consolidação desses espaços liberais apenas reescreve o trono do monarca que volta a reinar sob outros matizes. Terra e negócios substituem nos cenários a nobreza rural e a ordem feudal. [...] O tempo do Código anuncia, propriamente, o começo do século, na transição da apropriação do solo e da terra tipicamente ainda colonial, para relações capitalistas de produção nos braços da lavoura do café.

Por isso mesmo, o regime jurídico da posse e da propriedade foi construído de olhos fechados para a vida e para o futuro [...] Daí porque os estatutos fundamentais da posse e propriedade saem do santuário do clássico privado e são constitucionalizados. [...] A proteção da posse há, enfim, de receber os efeitos da 'repersonalização' do Direito, a qual coloca as pessoas no centro das preocupações e não apenas o patrimônio. Esse, o desafio e o chamamento”.

FACHIN, Luiz Edson, *O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória*. Folha de São Paulo. p. 2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

1.4 – Natureza da Posse

A proteção possessória a ser conferida pelo ordenamento depende da natureza que lhe confere este mesmo ordenamento. O debate acerca da natureza da posse, portanto, ultrapassa a esfera meramente acadêmica, pois seus reflexos atingem o âmbito prático.

Em síntese apertada, a discussão trata de determinar se a posse é um fato ou um direito. Para SAVIGNY, a posse é, ao mesmo tempo, um fato e um direito.⁹⁵ No *Tratado da Posse*, ele defende que, considerada isoladamente, a posse é um fato, porém, se considerada a partir de seus efeitos, a posse é um direito.⁹⁶

A esta visão, contrapõe-se a de IHERING, para quem a posse é um direito.⁹⁷ Ele chega a esta conclusão em razão da adequação do fenômeno da posse ao seu conceito de direito, o qual afirma que direito é o interesse juridicamente protegido.

Hoje, grande parte dos juristas reconhece a natureza jurídica da posse como sendo de direito.⁹⁸ E possui a posse características de direito real – como o de ser oponível *erga omnes*. Neste sentido, importante a citação de Orlando GOMES:

“A circunstância de ceder a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito pessoal. Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar a este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. só os direitos reais têm essa virtude.”⁹⁹

⁹⁵ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

⁹⁶ SAVIGNY, *Traité de la Possession*, p. 21 Apud GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41. No mesmo sentido: Bruns, Windscheid, Zachariae, Van Wetter, Pothier, Laurent, entre outros.

⁹⁷ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41. “*Neste sentido, concordam Molitor, Sthal, Puchta, Ortolan, Demolombe, entre outros, mas invocando outros fundamentos.*”

⁹⁸ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 42.

⁹⁹ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

Por ser vista, por parte da doutrina, como direito real, o estudo da posse se dá no âmbito dos Direitos Reais. Voltamos à lição de Orlando GOMES:

“Mesmo, porém, que se não aceite essa opinião, não há como deslocá-la do terreno onde moram os direitos reais. Como simples *relação de fato*, a posse é a condição para que o proprietário e os titulares de certos direitos reais utilizem economicamente a coisa submetida a seu poder.”¹⁰⁰

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, discorda. Para o célebre autor, “a posse é relação fáctica entre a pessoa que possui e o *alter*, a comunidade”.¹⁰¹ Em outro trecho, insiste: “Posse é poder. Portanto, fato.”¹⁰² . Defensor da Teoria objetiva, adotada pelo Código Civil de 1917, afirma ele:

“Os antigos viam a posse como relação entre pessoa e coisa; depois de I. Kant, que teve a primeira visão verdadeiramente sociológica da posse, foi ela considerada como relação de pessoa a pessoa, entre vontade e vontade – o que se refletiu, profundamente, em F. VON SAVIGNY; nos nossos dias, eliminado o voluntarismo kantiano, a posse é tida como poder fáctico, o que elimina a necessidade do corpus e do animus, ao mesmo tempo em que se mantém a noção de relação inter-humana, social, sem se ter de pensar em ‘vontade’. Volve-se ao status objetivo, segundo os antigos, sem se repelir a concepção sociológica, o que restitui à posse a sua natureza de poder fáctico a que se dá entrada no mundo jurídico.”¹⁰³

Ainda que o célebre autor do Tratado de Direito Privado veja a posse como mero fato, importa destacar que hoje já grande parte da doutrina a enxerga como direito e que é fundamental que a doutrina a consagre como instrumento de aquisição de direitos, de ingresso no mundo dos proprietários, como ferramenta de justiça social.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco José Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. vol. 10, p. 5. Ainda, no mesmo sentido: “A posse é poder, *pot-sedere*, possibilidade concreta de exercitar algum poder inerente ao domínio ou à propriedade. [...] Rigorosamente, a posse é o estado de fato de quem se acha na possibilidade de exercer poder como o que exerceria quem fosse proprietário ou tivesse, sem ser proprietário poder que sói ser incluso no direito de propriedade (*usus, fructus, abusus*).” p. 7.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco José Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. vol. 10, p. 17.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco José Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. vol. 10, pp. 15 e 16.

CAPÍTULO 2 – NOTÍCIA HISTÓRICA

2.1 – Necessária Referência Histórica

Já citamos António Menezes CORDEIRO para ressaltar que a posse é um instituto jurídico autônomo, há muito dado e confirmado pela História.¹⁰⁴ Importante também sublinhar, de acordo com lição de Luiz Edson FACHIN, que “a história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade”.¹⁰⁵

Nesse sentido, torna-se impossível investigar a tutela jurídica atual conferida à posse pelo ordenamento brasileiro sem perquirir o caminho que levou à esta conformação contemporânea, investigando a proteção dada à posse e a propriedade ao longo da História. Isto porque o direito é também um produto histórico e que, como tal, deve guardar preocupação com o contexto histórico temporal. Conforme alerta de Sérgio Said Staut Junior, “a reflexão sobre direito e propriedade deve estar atenta à realidade, aberta a críticas e consciente do ambiente econômico, político e cultural em que foi constituído”. Daí a justificativa deste capítulo no presente trabalho.”¹⁰⁶

Entretanto, apenas investigar a evolução histórica da tutela conferida ao instituto ao longo do tempo não se faz suficiente. É necessário, também, tomar algumas cautelas, vez que investigar um instituto jurídico através da História não se resume a enfileirar datas e eventos, as transformações históricas são graduais e relacionam-se umas com as outras.¹⁰⁷ Não há como prescindir de dados e datas, porém somente eles não explicam realidades passadas. De acordo com STAUT Junior, o

¹⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 50.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 71.

¹⁰⁶ STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gediél; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>, p. 159.

¹⁰⁷ Sobre os cuidados metodológicos necessários quando se investiga a história da propriedade, consultar: STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gediél; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>.

procedimento historicista, aquele que enfileira verdades históricas sem cuidado em explicar as evoluções e transformações e aplicando uma categoria (por exemplo, a noção moderna de propriedade) que conhecemos no presente como se vigorasse também em outros tempos, que se caracteriza, nas palavras do autor,

“especialmente por trabalhar com o passado de forma linear, causa no mínimo dois grandes problemas na reflexão da história do direito de propriedade. Uma primeira distorção decorre da compreensão do passado com um simples prelúdio do presente ou como uma simples continuidade do que se tem hoje, e a propriedade acaba por ser entendida como uma construção praticamente imutável, estática, o que implica em eliminar a historicidade própria do conceito. Uma outra grave distorção, que decorre dessa falsa noção de linearidade, é apresentar o direito moderno de propriedade como fruto da constante evolução das relações sociais, das teorias e dos institutos jurídicos, deixando ‘claro’ a ilusão que os ‘tempos atuais’ são melhores que o passado e a humanidade caminha em direção ao progresso.”¹⁰⁸

Além disso, investigar a história da propriedade, para GROSSI, impende despir-se dos preconceitos, da sua “ultrapassada forma de abordagem mental que mede o real segundo sua correspondência com o esquema da propriedade individual”.¹⁰⁹ Iniciaremos a investigação da parte histórica pela leitura de GROSSI para aclarar a importância da discussão da propriedade na história e após passaremos a tratar do panorama histórico do tema no Brasil. Necessário esclarecer que tema tão vasto e complexo quanto a evolução histórica do direito de propriedade e sua relação com o instituto da posse não pode ser exaurido em poucas páginas de uma monografia, no entanto, a presença dessa investigação aqui é imprescindível para o desenrolar do trabalho e deve apenas traçar as diretrizes gerais para compreensão do tema central, que é a tutela da posse.

¹⁰⁸ STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gedieli; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>, p. 162.

¹⁰⁹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13

2.2 – Posse e Propriedade na História

Posse e propriedade são institutos que, ao longo da história, caminharam juntos, como já tivemos oportunidade de observar na análise das Teorias de SAVIGNY e IHERING no primeiro capítulo do presente trabalho. A negação da posse enquanto instituto autônomo e sua proteção unicamente como reflexo do direito de propriedade explica o porquê de ambos os institutos surgirem na História como indissociáveis.

O direito proprietário como o conhecemos hoje trata-se de uma construção da modernidade, forjada pela classe burguesa e consagrada nas codificações. Conforme STAUT Junior:

“para os trabalhadores rurais, para os moradores da floresta, bem como para as pessoas acostumadas a retirar seu sustento do campo e das florestas, romper com alguns costumes e tradições feudais representava uma séria violação aos direitos preservados e protegidos por inúmeras gerações. Não respeitar as antigas posses e ocupações costumeiras, impedir pessoas da região de residir, cortar madeira, pegar galhos, apanhar turfa, recolher madeira e caçar nas “suas” florestas, significava uma clara ruptura com o direito até então vigente naquelas regiões.”¹¹⁰

De acordo com a lição do mestre Paolo GROSSI, “a ‘propriedade’, vista do prisma do historiador, deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, ou, em outras palavras, a resposta à questão central sobre a consistência mínima do ‘meu’ jurídico”.¹¹¹ Isto significa que as respostas variam de acordo com a História e com o conteúdo com que se preenche, de acordo com as circunstâncias sociais, culturais, entre outras, aquilo que chamamos propriedade, ou seja, quais poderes atribuímos àqueles chamados proprietários de acordo com um determinado ordenamento jurídico pertencente a um determinado tempo e local.

¹¹⁰ STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gedieli; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>, p. 158.

¹¹¹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

Em razão da importância do discurso sobre a propriedade, o historiador italiano afirma:

“Talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens. Porque são tão grandes os interesses em jogo que inevitavelmente as escolhas econômico-jurídicas são defendidas pelas couraças não deterioráveis das conotações éticas e religiosas¹¹²”.

A partir dessa informação, já se pode ter uma idéia da relevância do tema tratado.

O que chamamos hoje de propriedade moderna é, verdadeiramente, um produto da História que, por ter se tornado tão fundamental e indispensável para a classe burguesa, foi elevado a categoria suprema. Nas palavras do mestre GROSSI:

”[...] Aquela visão individualista e potestativa de propriedade que comumente chamados a ‘propriedade moderna’, um produto histórico que, por ter se tornado bandeira e conquista de uma classe inteligentíssima, foi inteligentemente camuflado como uma verdade redescoberta e que quando os juristas, tardiamente, [...] traduzem com o auxílio do instrumental técnico romano as instituições filosófico-políticas em regras de direito e organizam-nas, de respeitável consolidação histórica se deformou em conceito e valor: não o produto de uma realidade mutável tal como foi se cristalizando, mas o cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade.”¹¹³

A ascensão da burguesia trouxe a propriedade para o centro do mundo jurídico.¹¹⁴ Ao contrário da propriedade feudal, a propriedade moderna é centrada no individualismo e não mais no objeto apropriado. Ela se constrói a partir da abstração do sujeito e é essa a razão que faz com que um título a represente melhor que um fato, ao contrário do que ocorria na Idade Média.¹¹⁵

Importante atentar, de acordo com a lição de GROSSI, que falar somente de propriedade, mesmo que no plural, significa ficar bem fechado no nicho de uma

¹¹² GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10

¹¹³ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

¹¹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5

¹¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

cultura do pertencimento individual. E esse é um horizonte demasiado estreito.¹¹⁶ Daí a necessidade de se atentar para as múltiplas formas de propriedade e cham´

GROSSI ensina que desde o pensamento de Maine e de Laveleye em diante,

“graças às frestas abertas por etnólogos e sociólogos para as civilizações asiáticas, africanas e americanas, é todo um pulular vivo à nossa atenção de culturas próprias a planetas jurídicos diversos onde não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual parece invenção desconhecida ou disposição marginal.”¹¹⁷

Daí a demonstração do inadequado reduzir o universo do proprietário ao singular apenas. No entanto, o estudo tradicional da propriedade costuma deixar o enfoque da propriedade coletiva, a despeito de sua importância, de lado.

Grossi lembra que a propriedade coletiva:

“tem [...] uma plataforma comum; e é a de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitado a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária [...] em relação ao indivíduo. [...] A apropriação aqui, no sentido tradicional do termo, cai somente indiretamente sobre o produto do fundo que serve para a sobrevivência quotidiana de um núcleo unifamiliar.”¹¹⁸

Normalmente, o objeto do estudo da história da propriedade pelos juristas trata-se, ainda que esse reducionismo seja criticável, daquela visão individualista e potestativa de propriedade:

“que comumente chamados a ‘propriedade moderna’, um produto histórico que, por ter se tornado bandeira e conquista de uma classe inteligentíssima, foi inteligentemente camuflado como uma verdade redescoberta e que quando os juristas, tardiamente, [...] traduzem com o auxílio do instrumental técnico romano as instituições filosófico-políticas em regras de direito e

¹¹⁶ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

¹¹⁷ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

¹¹⁸ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

organizam-nas, de respeitável consolidação histórica se deformou em conceito e valor: não o produto de uma realidade mutável tal como foi se cristalizando, mas o cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade.”¹¹⁹

Sobre esse esforço da burguesia em forjar seu próprio modelo proprietário, Eroulths Cortiano Junior comenta que:

a definição legislativa da propriedade tem encontrado legitimação na tradição romanista. [...] De um modo geral, esta ligação se faz apenas para dar certa legitimidade à introdução de um tratamento jurídico diferenciado – em relação ao período feudal anterior – para a apropriação de bens. A demonstração de que a propriedade unitária teve origem nas fontes romanas vai, evidentemente, auxiliar a sua aceitação, e não é o melhor entendimento o de que a propriedade moderna é a reprodução da propriedade romana, mesmo porque a noção de direito subjetivo não era encontrada em Roma. Em outras palavras: interpretou-se o direito romano de forma conveniente às exigências da época.¹²⁰

Grossi procura traçar o caminho da construção do conceito de propriedade moderna. Explica que, na Alta Idade Média, ausente o Estado, a oficina do historiador “reduz a propriedade a mero signo cadastral e constrói um sistema de situações reais fundado não no *dominium* e tampouco nos *dominia* mas em múltiplas posições de efetividade econômica sobre o bem”.¹²¹ Nesse contexto, alerta o mestre italiano, o esquema proprietário como esquema interpretativo é sentido muito pouco e a propriedade, sem ser desmentida, permanece um andaime inerte sobre o qual convergem com autonomia outras forças, que são precisamente as produtoras do ordenamento em crescimento.¹²²

Ainda que a busca seja por traçar o caminho que levou ao conceito de propriedade moderna, Grossi ressalva que

Paradoxalmente [...] poderíamos dizer que a ordem fundiária de um certo momento histórico é muito mais aquilo que circula invisível no ar daquele

¹¹⁹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

¹²⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

¹²¹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

¹²² GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

momento, do que aquilo que resulta inscrito entre os sinais sensíveis da paisagem agrária.¹²³

Grossi com isto esclarece a importância que a mentalidade tem sobre a noção de propriedade, muito mais consenso do que seja o conjunto dos poderes atribuídos ao proprietário do que algo palpável e concreto. E assevera o mestre italiano: “O historiador do direito tem o dever [...] de não esquecer que o jurídico está imerso no social, mas tem também o dever [...] de reconstruir aquele jurídico na sua especificidade.”¹²⁴

Ainda no concernente aos alertas que se fazem necessários ao tratar do tema da história da propriedade, importante ressaltar, recorrendo novamente a Grossi, que a propriedade é mentalidade e que o historiador, não pode se esquecer que se quiser seguir utilizando

o instrumental desse esquema mental, o historiador da ‘propriedade’ – que deve sempre ser historiador ao menos ‘das propriedades’ -, recusando-se a isolar a relação formalmente proprietária, alargando [...] a própria análise a todo o sistema fundiário, construirá, deverá construir a história da ‘propriedade’ na idade média centrando a pesquisa em um acúmulo de objetos que um formalista miopemente excluiria. Mas o formalista se arriscaria a marcar somente uma genealogia ininterrupta de titulares do bem, e lhe seria preclusa a história dos poderes mais intensos sobre aquele mesmo bem, que é o que nós juristas convencionalmente entendemos por história proprietária.¹²⁵

Significando, com isso, a necessária abordagem descontínua da História, para preservar o real significado que a investigação deve ter¹²⁶.

O contorno da propriedade na Idade Média, de acordo com Grossi,

se delineia com nitidez quando, ao ruir do velho edifício estatal romano e da cultura jurídica que lhe era simbioticamente conexa, ao esfacelo social, à crise da produção econômica, ao encolher-se do comércio, ao esvaziar-se das

¹²³ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

¹²⁴ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

¹²⁵ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

¹²⁶ Nesse sentido, a lição de Grossi: “Aqui, respeito à descontinuidade quer dizer respeito à originalidade dos fatos históricos”. GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

idades; quando, nesse vazio que a nascente civilização demora a preencher, inverte-se a relação homem-natureza e novos valores fundantes começam a deixar sua marca no mundo jurídico.¹²⁷

Na Idade Média, as coisas serão o ponto de apoio das regras sobre o patrimônio, ao contrário do que acontecerá no modelo moderno, em que a propriedade será construída a partir do sujeito.¹²⁸ Na Idade Média, a posse era bastante valorizada pois a ausência do Estado e a ausência de um poder central dava maior projeção às relações de vassalagem, nas quais os servos poderiam se apossar da terra, mediante retribuições devidas ao senhor feudal. Daí a observação de Grossi sobre o período Feudal:

Uma mentalidade angulosamente proprietária como a romana foi substituída por uma civilização ‘possessória’, à qual é de todo indiferente a idéia de uma relação de validade (mesmo porque falta o modelo em relação ao qual operar comparações e medidas) e que é, ao contrário, dominada por um vigoroso princípio de efetividade.¹²⁹

Com a expressão “civilização possessória”, Grossi quer significar “Civilização possessória [...] neste sentido: ciumenta guardiã do frescor imediato dos fatos, a eles confia um papel primário e entrega sua face típica”.¹³⁰ A importância da posse nesse cenário em que os fatos são mais relevantes faz eclipsar a importância do direito, exatamente em razão do contexto histórico de ausência de um poder central. Nas palavras de Grossi “O que conta, nessa paisagem jurídica em que os fatos predominam, é obviamente o seu sempre mais intenso destacar-se, o seu agigantar-se justamente no nível do direito”.¹³¹ Para Cortiano Junior, “a Idade Média caracteriza-se

¹²⁷ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

¹²⁸ O ordenamento se espelha nas coisas, constrói-se do ponto de vista da coisas, e para o coração delas descola-se o movimento vital. GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

“A propriedade moderna, ao contrário da feudal, é construída a partir do prisma do sujeito e não da coisa apropriada”. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

¹²⁹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

¹³⁰ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45.

¹³¹ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46.

por levar em consideração os efetivos apossamento e utilização dos bens como ponto de partida para sua juridicização”.¹³²

Na Alta Idade Média, o cenário se altera. De acordo com GROSSI,

Aparência, uso, gozo, exercício, ontem pertencentes ao efêmero e ao cotidiano, que somente em circunstâncias excepcionais tinham conseguido arranhar o monólito do ordenamento clássico todo cimentado e fortificado de validade, tornam-se nos séculos altomedievais, insensivelmente, do quarto século em diante, no Ocidente, primeiro nas zonas provinciais mais excêntricas e depois em todo lugar, a fonte e a substância de um número muito amplo e aberto de ordens jurídicas atípicas, todas arquitetonicamente pouco definidas, constituindo elas expressão imediata de forças estruturais, mas todas marcadas por um intenso enraizamento no real.¹³³

O florescer do Iluminismo evidencia alterações que vão suavizando o “empirismo dos laboratórios altomedievais” que será reelaborado pela nova sociedade que surge.¹³⁴

Grossi assevera que este é

um processo de renovação que leva cinco séculos, do XIV ao XIX, e que somente em seu êxito final obtém a inversão de um sentido, a reviravolta da mentalidade: somente na metade do século XIX o fruto, já maduro, destaca-se do ramo, mas a progressiva maturação teve uma duração plurissecular.¹³⁵

A respeito do crepúsculo do medievo, GROSSI considera que

“tanto quanto o ordenamento medieval [...] tinha tentado construir um sistema objetivo de propriedades, construindo-as a partir das coisas e sobre as coisas [...] a ordem nascente da idade nova se volta em direção oposta, toda tesa a dismantelar as figuras jurídicas do real em uma desesperada busca de autonomia. As velhas propriedades estavam no real, escritas nele e nele lidas e transcritas com humildade; o novo encontrará no real somente uma manifestação externa, um campo de ação eficaz pelo que

¹³² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, P. 88

¹³³ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46.

¹³⁴ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48.

¹³⁵ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

potencialmente já existe no interior do sujeito e que pede somente para exprimir-se e concretizar-se.¹³⁶

A preocupação de Grossi em esclarecer que a realidade da propriedade medieval não é uma merece ser destacada:

“A propriedade medieval é uma entidade complexa e composta, tanto que parece até mesmo indevido o uso daquele singular: tantos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, diversos em qualidade segundo as dimensões da coisa que os provocou e legitimou [...]. Fique bem claro que essa propriedade não é porém uma realidade monolítica, a sua unidade é ocasional e precária, e cada fração leva em si a tensão a tornar-se autônoma e a força para realizar o desmembramento [...] essa relativa subjetividade, essa unidade tão frágil, têm motivações precisas, e nós as conhecemos: vêm à tona na vontade do ordenamento de construir o pertencimento partindo da coisa e de condiciona-lo às exigências desta.¹³⁷

Dessa forma, essa vontade de construção do pertencimento revela o projeto jurídico por trás dessa mentalidade. A idéia é criar um instrumento ágil e fungível, nas palavras de GROSSI “legitimado nos valores supremos e inatacáveis a partir do exterior, ideologicamente não aproximável das precedentes históricas, soluções medievais porque fruto daquele complexo de forças sincrônicas que constituem a cultura moderna e a experiência jurídica moderna”¹³⁸. O projeto mencionado por Grossi, o instrumento que vem a substituir a noção medieval de propriedade é o conceito de propriedade tal como o concebemos hoje, a propriedade moderna.¹³⁹

¹³⁶ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-64.

¹³⁷ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.

¹³⁸ GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72.

¹³⁹ “A propriedade: um instituto bem no centro do projeto; ela mesma coração e substância do projeto”. GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72. Para Eroulths Cortiano Junior, “Uma nova ordem de coisas instaura-se com o fim do feudalismo. A circulação de mercadorias (e depois a organização econômica de forma capitalista) ocupa o lugar de centro na nova ordenação social, e as necessidades de segurança e garantia exigidas pela economia são dadas por um direito estatal e sistematizado”. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79.

Para a concretização desse projeto, para a criação do conceito moderno de propriedade, com contornos absolutamente distintos daqueles com os quais se delineava o conceito medieval, foi fundamental a "entrada em cena de uma organização social e política racional-individualista, baseada economicamente na circulação de riquezas, corrente de segurança e certeza, fez com que uma determinada concepção de propriedade ocupasse o centro do universo jurídico."¹⁴⁰ O conceito moderno da propriedade que substitui o medieval não se faz baseado em fato, como acontecia com seu antecessor. A propriedade moderna se baseia no indivíduo, que a partir do Iluminismo passa a ser centro do universo, medida de todas as coisas. Daí a lição de CORTIANO JUNIOR: "A propriedade moderna, que é expressão da mentalidade individual, se constrói do ponto de vista das faculdades abstratas do sujeito e, por isso mesmo, é melhor representada por um título do que por um fato".¹⁴¹

Podemos arrolar quatro características para, de forma reducionista, traçar linhas gerais que bem identificam o Feudalismo: laços de dependência entre senhores e servos; parcelamento do direito de propriedade; hierarquia dos direitos sobre a terra e fragmentação do poder público em razão da ausência de um poder central bem delimitado.¹⁴²

Alguns fatores, de maneira gradual, levaram à ascensão da burguesia e, por consequência, ao declínio do sistema feudal. Dentre esses fatores, podemos citar o crescimento do comércio, o incremento da agricultura, o renascimento das cidades.¹⁴³ O fortalecimento do capitalismo trouxe a necessidade de uma forma de circulação de mercadorias que não mais se baseasse nos laços de servidão. Eram problemas a serem ultrapassados a sociedade como estava conformada (de caráter estamental), o modo

¹⁴⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

¹⁴¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

¹⁴² "Quatro características marcam a sociedade feudal: o desenvolvimento dos laços de dependência de homem para homem, o parcelamento máximo do direito de propriedade, a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público com hierarquias regionais de instâncias autônomas" CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

¹⁴³ "O incremento do comércio, a difusão do direito comercial, a sistematização da produção agrícola e os levantes das cidades vão servir de base para o crescimento político e econômico da burguesia". CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29.

como se exercia o poder e a propriedade sobre a terra e a incerteza corrente em um ambiente em que estava ausente o poder central estatal¹⁴⁴.

“As relações que se baseavam na compra e venda eram incompatíveis com a idéia feudal fundamental de laços de vassalagem. Permanecer **na** e **com** a ordem feudal era obstaculizar as próprias ambições políticas e intelectuais da burguesia, além das pretensões econômicas.¹⁴⁵

O Iluminismo veio romper com as formas feudais de organização e de estabelecimento do poder, deixando para trás a tradição e inaugurando a idade da razão.

O modelo de Estado Absoluto também não atendia aos interesses da Burguesia. Assim, conforme assevera Eroulths CORTIANO JUNIOR, “na razão residiu a fonte intelectual da luta política da burguesia para, depois de superar as barreiras sociais da sociedade estamental, ultrapassar a imprevisibilidade reinante no Estado absoluto”.¹⁴⁶ A segurança jurídica de que a burguesia necessitava para concretizar seus negócios só viria após as revoluções, com a ascensão do modelo de Estado Liberal, fundado nos princípios hoje consagrados da divisão de poderes, da igualdade de todos perante a lei e do primado desta última. O indivíduo assegura, neste cenário, seus direitos e pode servir-se deles para se defender. Nesse sentido, “a limitação do Estado se dá, então, pela atribuição de direitos invioláveis ao indivíduo. Este passo vai ter reflexos profundos no direito da modernidade, independente do fundamento que se dê a tais direitos”.¹⁴⁷ Donde se pode concluir que a liberdade e igualdade nas quais a organização do estado liberal se embasou não foram absolutas e irrestritas, mas específicas da classe social que forjou sua construção, qual seja, a burguesia. A propriedade, nesse contexto, passa a ocupar o centro da ordem jurídica, merecendo proteção para garantir o status de proprietário conquistado pelo indivíduo burguês.¹⁴⁸

¹⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31.

¹⁴⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31.

¹⁴⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 39.

¹⁴⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*, p. 53.

¹⁴⁸ “A liberdade e a igualdade dos homens passam pela abstração do indivíduo e pela colocação das titularidades no centro da ordem jurídica.” CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da*

De acordo com lição de Eroulths Cortiano Junior, “dogma e sistema marcam o direito da modernidade e nos transparecem na concepção de Código, que representa o direito unificado, coerente e hierárquico.¹⁴⁹ Seguindo com o pensamento de CORTIANO JUNIOR, afirmamos que

a codificação do direito é o resultado de um processo de pensamento cuja essência foi revelada pelo Iluminismo e pelo racionalismo, que se propôs a criar um direito neutro e universal. Resulta também de uma série de condições materiais, como a política de unificação das monarquias e a Revolução Francesa com seus ideais de liberdade e igualdade.¹⁵⁰

Concomitante ao fenômeno da codificação, ocorre a tecnicização da lei e o afastamento das preocupações sociais e políticas da espera dos juristas. Nas palavras de CORTIANO: “E, à medida que o sistema se mostra completo e coerente, a codificação prescinde de preocupações sociais, bastando-se a si mesma.”¹⁵¹

Nesse cenário, o Código Civil Francês de 1815 terá importância no delineamento positivo dos contornos do direito de propriedade. Afinal, conforme assevera Cortiano Junior, “é o Código de Napoleão que, além de fixar em termos legais o nascimento da propriedade moderna, vai colocá-la como um modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista”.¹⁵² O modelo que acabou consagrado na codificação tardia brasileira, datada de 1916, foi o mesmo consagrado pelo Código Napoleônico, aquele “formatado sobre exacerbada abstração do sujeito proprietário, pos poderes proprietários e da coisa apropriada”, modelo que, conforme crítica de CORTIANO, “não resistiu às alterações socioeconômicas que marcaram o século XX”. O distanciamento que se deu entre norma proprietária e fato social acarretou fissuras no modelo.¹⁵³

Propriedade e Suas Rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

¹⁴⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 66.

¹⁵⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

¹⁵¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

¹⁵² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99

¹⁵³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259-260.

2.3 – Posse e Propriedade no Brasil

Explicitadas as linhas gerais de conformação do modelo proprietário da modernidade, o qual se faz presente entre nós até hoje, passamos agora a uma breve exposição da evolução histórica do direito de propriedade brasileiro, partindo, especialmente, das lições de Vailton Loula de CARVALHO.

No período anterior ao Descobrimento, a terra era um bem comum no território brasileiro. Ela pertencia a todos, não havia disputas para transformá-la em propriedade privada.¹⁵⁴ Desde o Descobrimento do Brasil, em 1500, e durante mais de três séculos, não havia legislação nacional acerca das titularidades, nem acerca de nenhum outro tema, porque o Brasil era, ainda uma Colônia Portuguesa. Imperavam entre nós “leis e normas de toda espécie produzidas em Portugal”.¹⁵⁵

Durante o período em que o Brasil era Colônia, percebia-se baixo nível de coerção das normas legais, bem como de poder exercido pelas instituições jurídicas. Nas palavras de Vailton Loula de CARVALHO:

Em relação às normas legais, observa-se pouca consistência destas e das instituições jurídicas, onde o poder político é um misto de absolutismo e teocracia, vez que o mandatário supremo do Reino é senhor absoluto de poderes ditatoriais e Grão-Mestre da Ordem de Cristo.¹⁵⁶

Mesmo após a Proclamação da Independência, ainda por quase cem anos o Brasil permaneceu subordinado às Ordenações do Reino. O capítulo referente ao direito de propriedade e posse da terra parecia intocável, conforme assevera CARVALHO.¹⁵⁷ As alterações foram muito lentas e o Código Civil somente entrou em vigor em 1917. O Código aprovado foi o originado do Projeto de Lei de autoria de Clóvis Beviláqua, embora Teixeira de Freitas também tenha elaborado projeto de sua

¹⁵⁴ GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro Séculos de Latifúndio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 5.

¹⁵⁵ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.10.

¹⁵⁶ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.11.

¹⁵⁷ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.12. Para mais informações sobre o tema: FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Lei de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. *Anuário Mexicano de História del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, p. 97-112, 2005.

autoria, o qual não foi sancionado. Orlando GOMES explica que, ao tempo que o projeto de Código foi apresentado, o Brasil era uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar. Extensiva, servida, na última década do século XIX por trabalhadores nacionais e colonos de procedência européia. O Código de 16 era, na opinião de Orlando GOMES, produto de homens de classe média, que o elaboraram imbuídos do estado de espírito de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção. Porém, tal objetivo não era tão facilmente atingível. Esbarrava na estrutura agrária do país, além de não receber estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto da burguesia mercante.¹⁵⁸

CARVALHO destaca ainda, a respeito da matéria de uso e ocupação do solo, duas leis, além do Código de 1916: a Lei Imperial nº 601/50 e o Estatuto da Terra, Lei nº 4504/64, a qual considera mais avançada do que a recente Lei nº 8629/93.¹⁵⁹

A Lei de Sesmarias visou disciplinar o uso e a ocupação do solo. Ela trouxe alguns limites ao direito de propriedade. Conforme CARVALHO, essa lei determinava que todo possuidor de imóvel agricultável estava obrigado a dar a sua propriedade ou herdade, um fim social.¹⁶⁰ Se não o fizesse de boa vontade seriaconstrangidos a fazê-lo. Deveriam fazer o imóvel produzir trigo, cevada e milho e outras culturas necessárias à subsistência da população. Havia prazos rígidos e penas em caso de descumprimento, inclusive possibilidade de confisco das terras. Para Vailton Loula de Carvalho, “essa lei se constitui no marco inicial ou na gênese do Direito Fundiário brasileiro”.¹⁶¹

Após o Descobrimento, não tardou até que o território brasileiro fosse dividido em porções de terra chamadas Capitânicas Hereditárias, as quais eram cedidas

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1958, p. 47-48.

¹⁵⁹ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.12.

¹⁶⁰ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.16.

¹⁶¹ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.16.

cada qual a um donatário, por meio de Carta de Doação da terra, acompanhada do seu foral. No foram eram regulamentados os direitos e deveres do agraciado com a munificência real. Consoante nos explica CARVALHO, alguns desses poderes eram, até então, prerrogativas do príncipe reinante.¹⁶² Dentre eles, o autor cita os seguintes poderes dos donatários: fundar vilas e povoações, superintender toda a jurisdição civil e criminal em seus domínios, criar e prover os cargos de ouvidor, de juizes do cível e do crime, bem como todos os cargos necessários ao funcionamento da justiça e da administração. Além disso, também lhes era possível conceder cartas de sesmarias, sem foro ou tributo algum, salvo o dízimo para a Ordem de Cristo, a qualquer pessoa. A partir da observação da amplitude dos poderes concedidos aos donatários se pode ter idéia de sua importância e da relevância dos forais no cotidiano da Capitania.

Apesar de os donatários das Capitanias gozarem da prerrogativa de conceder cartas de sesmarias, todas as terras descobertas e as ainda por descobrir eram propriedade da Nação Portuguesa¹⁶³, no período anterior à Proclamação da República. “Constituíam essas terras patrimônio do Estado, sob a administração do Soberano, a quem cabia a responsabilidade de povoá-las, defendê-las e promover-lhes o desenvolvimento dentro de um sistema de Colonização”, conforme assevera CARVALHO.¹⁶⁴

O Brasil, depois do Descobrimento, tornou-se possessão da Coroa Portuguesa. Suas terras, por direito, passam a pertencer ao Reino de Portugal, exercendo o seu Monarca o poder real sobre elas.¹⁶⁵

¹⁶² CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p. 24. “O processo de concessão de sesmarias ou datas de terras não era, como parece, dos mais simples. Para adquiri-las, o pretendente à munificência real, dirigia-se ao Governador Geral que, em nome de El-Rei, a concedia. Nessa petição, o interessado declarava seu nome, sua residência, o local onde se situava o imóvel, geralmente indicando, a extensão, limites e confrontações do imóvel. A seguir, ouvia-se o Provedor-Mor da Fazenda e o Procurador da Coroa, que davam, ou não sua aquiescência ao pleito”. CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p. 49.

¹⁶³ Esclarece Ana Rita Albuquerque: “As terras permaneciam sob o domínio da Coroa Portuguesa, que ainda reservava para si os dízimos sobre o pau-brasil e outros produtos, mais o quinto sobre a produção de metais e pedras preciosas, drogas e especiarias.” ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 150.

¹⁶⁴ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.36. Houve discussão a respeito de quem seria o titular das terras, se pertenceriam à Coroa ou à Ordem de Cristo. No entanto, prevaleceu a versão de que seriam propriedade da Coroa, nos precisos termos da Bula Intercoetera.

¹⁶⁵ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.36.

Após o Descobrimento, contudo, houve um certo período de desinteresse ou incerteza de como aproveitar a nova Colônia conquistada. O primeiro sinal de que Portugal queria investir no Brasil de que se tem notícia é a Carta de Capitão-Mór do Brasil, outorgada a Martin Affonso de Souza, em 20 de novembro de 1530, cargo esse que acumularia com o de Comandante Militar.¹⁶⁶

Assim que tomou ciência da extensão das terras brasileiras e do quão difícil seria promover a colonização, o Monarca Português dividiu o Brasil em Capitanias Hereditárias. A repartição, argumenta CARVALHO, foi feita de modo arbitrário, sem atender, sequer, aos acidentes geográficos das terras divididas. O mesmo autor, porém, esclarece que tal divisão sem maiores cautelas se justifica pelo pouco conhecimento que se tinha da realidade.¹⁶⁷

Ana Rita Vieira ALBUQUERQUE alerta que foi, sem dúvida, a distribuição de terras, operada pelos colonizadores lusitanos dentro do sistema de capitanias hereditárias, o ponto mais importante de nossa história da posse.¹⁶⁸ Contudo, o sistema das capitanias era de difícil e cara manutenção e o sistema em que a distribuição de terra era forma de povoamento da Colônia alterou-se e se transformou em um método em que o privilegiado era quem dispunha de situação econômica privilegiada, que possibilitava o exercício da atividade de exportação, passando a terra a ser apropriada como riqueza em si, além de meio de produção vinculado à capacidade de cultivo¹⁶⁹.

As Capitanias Hereditárias estruturavam-se num sistema que não se relacionava, de forma alguma, com o Feudalismo. Ele era tido, à época, com o que se chama hoje Direito Público.¹⁷⁰ Eram conhecidas, de acordo com CARVALHO, como Direito Real, porém, destituído esse Direito Real da concepção e conteúdo que é

¹⁶⁶ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.37.

¹⁶⁷ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.37.

¹⁶⁸ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 149.

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 150.

¹⁷⁰ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.38.

emprestado no Direito Moderno.¹⁷¹ Seus titulares não foram destituídos de seu direito patrimonial quando o sistema se extinguiu. Continuaram, por si e por seus sucessores, como senhores dos seus respectivos quinhões, salvo aqueles que reverteram à Coroa.

CARVALHO relata-nos que em 1808, a edição do Alvará de 25 de junho de 1808 inovou em alguns pontos, como, por exemplo, exigindo que as cartas de sesmarias só fossem concedidas mediante precedente medição e demarcação.¹⁷² Outra inovação foi a permissão para concessão de sesmarias a estrangeiros.

CARVALHO afirma que, embora o espírito do referido Alvará tenha sido norteador, visando alterações na disciplina fundiária, a situação tardou a se alterar, vez que “a maioria das sesmarias anteriormente concedidas não foram demarcadas”. Além disso, multiplicaram-se os litígios, alguns dos quais trazendo grandes dificuldades jurídicas para sua solução.¹⁷³

Diante da falência do sistema das Capitânicas, que ocorreu especialmente por causa do elevado custo de sua manutenção, instalou-se o Governo Geral de Tomé de Souza, no qual o regime das sesmarias passou a uma segunda fase, com encargos de cultivo e não meramente distribuição de terras.¹⁷⁴

A situação da distribuição das terras no Brasil demandava medidas rigorosas para por ordem no sistema. Era necessário e urgente promover alterações legislativas. CARVALHO assevera que “a solução veio com a Resolução de 17 de julho de 1822, que mandou suspender todas as sesmarias futuras até a convocação da Assembléia Constituinte”.¹⁷⁵ A Assembléia terminou por desautorizar lapso temporal para medição e demarcação de sesmarias, colocando, de tal forma, um ponto final na concessão indiscriminada de terras.

CARVALHO estabelece uma classificação ao tratar da evolução legislativa acerca do direito fundiário no Brasil. Nessa classificação, ele considera

¹⁷¹ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.38.

¹⁷² CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.52.

¹⁷³ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.53.

¹⁷⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 150.

¹⁷⁵ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.53.

como o período do Regime de Posses aquele compreendido entre a Resolução de 17 de julho de 1822, na qual foram suspensas as concessões de sesmarias, até o advento da Lei Imperial nº 601, que é a primeira lei brasileira disciplinadora do assunto, datada de 1850. O período denomina-se de posses justamente porque durante todo esse interregno, não se editou nenhuma lei ou resolução para disciplinar o processo de aquisição de terras dentro da nova ordem jurídica..

Antes da Independência, havia em todo o território nacional muitas posses, algumas delas que vigoraram por mais de setenta anos antes da Independência e sem título algum. O único título era o *corpus*, a presença física do possuidor ou seus descendentes.¹⁷⁶ A dificuldade que os posseiros encontravam para legalizar suas posses era bastante, o que pode ter contribuído para que esse regime tenha se tornado, na opinião de CARVALHO, mais comum do que as sesmarias.¹⁷⁷

CARVALHO relata que a primeira tentativa de produção de uma legislação fundiária para o Brasil foi feita em 1826.

Na década de 1840, por iniciativa do Conselho de Estado, submete-se à Câmara dos Deputados projeto de lei visando regularizar a situação então reinante no Império. Após longas discussões na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado e encaminhado ao Senado para sua deliberação, em 1843. Este somente o aprovou em 1850, que, sancionado, transformou-se na Lei Imperial nº 601, de 18 de setembro de 1850, sendo, assim, o primeiro instrumento legal, genuinamente brasileiro, a buscar uma solução para o problema da terra.

Importante frisar que, desde o início da repartição das terras, operada pelos colonizadores inicialmente através das capitânicas hereditárias, o Brasil nunca conseguiu livrar-se da vocação latifundiária. De acordo com Ana Rita Vieira de Albuquerque, o regime de posse se instalou devido à extensão do território nacional e o cultivo não guardava como fim o sustento do colono, mas, sim, a economia de exportação (passando pelas fases do açúcar, tabaco, depois ouro e diamante e mais tarde algodão e café)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999. p.55.

¹⁷⁷ CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999, p. 56.

As terras cedidas nunca retornaram ao domínio da coroa e também não foram justamente distribuídas. A chegada dos imigrantes europeus e a ocupação gradual da terra foram, lentamente, promovendo mudanças na distribuição fundiária, porém, o que se observa é que as grandes propriedades continuam a pertencer a poucos.

¹⁷⁸ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 151.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DA POSSE

3.1 – A Tutela da Posse na Constituição

A Constituição de 1988 enumera, dentre o rol dos direitos fundamentais, a garantia do direito de propriedade.¹⁷⁹ Não existe proteção equivalente ao instituto da posse.¹⁸⁰ À garantia do direito de propriedade, soma-se o inciso XXIII da Constituição, o qual assegura o cumprimento da função social da propriedade.¹⁸¹ Conquanto possa haver conflito entre os dois princípios mencionados, é importante ressaltar que o mandamento contido no inciso XXIII do artigo 5º da Carta Magna direciona-se ao possuidor, havendo ou não título. Na lição de Teori Albino Zavascki:

o princípio da função social da propriedade diz respeito à utilização dos bens e, como tal, refere-se a comportamentos das pessoas – proprietários ou não proprietários – que detém o poder fático, a efetiva disposição dos bens, assim considerados no seu mais amplo sentido. Ou seja: é princípio que se dirige ao possuidor, independentemente do título de sua posse.¹⁸²

Sendo assim, o possuidor, proprietário ou não, deve respeitar a função social do bem, o que importa entender uma proteção conferida pela Constituição à posse enquanto instituto autônomo – e não mero reflexo da propriedade. Isso porque o princípio da função social da propriedade compreende a tutela da situação proprietária respeitando a situação não proprietária, de acordo com André Osório Gondinho.¹⁸³ A proteção dedicada à posse e à propriedade pela Constituição, nesse sentido, deve ser para conferir eficácia ao conceito de direito de propriedade que privilegia o direito de moradia e o direito à terra agrária, em detrimento do direito de especulação, fruto do

¹⁷⁹ Art. 5º, inc. XXII: é garantido o direito de propriedade.

¹⁸⁰ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 847.

¹⁸¹ Art. 5º, inc. XXIII: a propriedade atenderá à sua função social.

¹⁸² ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 847.

¹⁸³ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Função Social da Propriedade. TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 399.

individualismo (egoísmo) jurídico, nas palavras de André Osório Gondinho.¹⁸⁴ A terra é fundamental para o desenvolvimento da vida humana, seja a terra urbana ou rural. Imprescindível que o ordenamento jurídico busque sua utilização de maneira a propiciar proteção e abrigo.

Teori Albino Zavascki classifica em três categorias a tutela conferida pela Constituição à posse. A primeira trata da tutela da posse que importa em limitação ao uso da propriedade. A segunda é paralela ao direito de propriedade e a terceira é a tutela da posse como modo de aquisição do direito de propriedade.¹⁸⁵ Essas categorias existem para poder possibilitar a concretização de fins elencados pela Carta Magna, como, por exemplo, proteger o meio ambiente ou disciplinar a utilização de áreas que merecem maior proteção, como, por exemplo, a zona costeira. De acordo com Zavascki, “não é despidendo insistir, até pelas repercussões práticas que daí advém, que se trata de forma especial de disciplina do uso, da posse em sentido lato, dessas extensas áreas do território nacional”.¹⁸⁶

Zavascki alerta, ainda, para os casos em que a Constituição confere proteção específica à posse.¹⁸⁷ São formas especiais de usucapião. A primeira, encartada no artigo 191, refere-se à tutela da posse de forma a valorizar a função social espelhada pelo trabalho rural e pela moradia do pequeno agricultor. Trata-se da modalidade de usucapião conhecida como *pro-labore*.¹⁸⁸

Devemos, ainda, fazer referência à hipótese de usucapião do artigo 183 da Constituição da República, o qual existe para salvaguardar a posse do bem utilizado

¹⁸⁴ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Função Social da Propriedade. TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 400.

¹⁸⁵ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 847.

¹⁸⁶ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 848.

¹⁸⁷ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 849.

¹⁸⁸ Constituição Federal, artigo 191: Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião

como moradia de pessoa carente.¹⁸⁹ Neste aspecto, importante a observação de Zavascki: “a tutela constitucional da posse opera-se pela funcionalidade, vale dizer, em vista da obtenção de objetivos especiais, enunciados de forma expressa ou compreendidos, genericamente, no princípio da função social das propriedades”.¹⁹⁰

Nessa esteira, ao tratarmos da importante e imprescindível relembrar a lição de Luiz Edson FACHIN ao discorrer sobre a proteção que a Constituição confere à posse:

É o novo que surge e o velho que declina. Do Código Civil chegou ao texto constitucional de 1988. O Direito privado clássico não responde aos imperativos da realidade contemporânea, que indicam para as exigências de teto, abrigo e terra. [...] A publicização da posse revela a sua importância ao uso e o gozo das coisas pelas pessoas, para a satisfação de suas necessidades vitais. [...] **É que ficou sem proteção constitucional a propriedade que não cumprir sua função social.** Aproxima-se a posse da vida, e por isso, o entrelaçamento de direitos, a 'constitucionalização' dos conflitos possessórios coletivos não permite outra conclusão senão a de que o bem imóvel, rural ou urbano, que descumpra sua função social, não tem mais tutela possessória. **O juiz do conflito fundiário não é mais o juiz do Código Civil e sim o magistrado da Constituição.**¹⁹¹

Ana Rita Vieira ALBUQUERQUE explana que é na Constituição de 1988 que se condensam os valores essenciais do Direito Privado, e são esses mesmos valores que funcionalizam a situação possessória, a qual, não obstante, não deixa de

¹⁸⁹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião

¹⁹⁰ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 849.

¹⁹¹ FACHIN, Luiz Edson, *O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória*. Folha de São Paulo. p. 2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

. Grifos nossos.

ser funcionalizada pela natureza mesma das coisas, ou seja, pela natureza do fato social que a origina e que a juridiciza.¹⁹²

Nesta toada, releva sublinhar a lição de Gustavo TEPEDINO de que “a Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República e, portanto, deve condicionar, permear e inculcar diretamente todas as relações jurídicas públicas e privadas”.¹⁹³ Sendo assim, a Constituição deve ser o norte do ente julgador e do legislador, sempre tentando implementar os princípios nela consagrados e fazendo diminuir a desigualdade sócio-econômica, concretizando uma sociedade mais plural e humanista.

Colacionamos julgados apresentados por Ana Rita Vieira ALBUQUERQUE no sentido de apontar decisões em que os magistrados foram felizes ao concretizar os princípios constitucionais:

Apelação Cível nº 195179171. Tribunal de Alçada do RS. Relator: Rui Portanova. Data de julgamento: 28/03/1996. 5ª Câmara Cível.

Ação possessória. Mutirão. Posse. Função Social da Posse. A tutela possessória supõe a demonstração do exercício anterior e efetivo da posse por quem a reclama e a prática do ato esbulhativo por parte daquela contra o qual ela é pedida (julgados TARS V.89/155). Peculiaridade do caso em que sobre o imóvel objeto da lide recai o interesse público de moradia para pobres (mutirão) e não o da exploração econômica ou lazer. Prevalência da função social da posse. Deram provimento.¹⁹⁴

Do que foi exposto, podemos inferir que, sempre, deve a Constituição nortear o trabalho do jurista, no sentido de fazer vigorar na realidade prática o que foi encartado por meio da vontade do povo nos princípios constitucionais consagrados. A tutela da propriedade não é mais sagrada e absoluta e a posse deve servir como meio de acesso à titularidade de bens imóveis, que sirvam aos excluídos do direito

¹⁹² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 32.

¹⁹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205.

¹⁹⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 162.

proprietário enquanto abrigo, moradia e meio de trabalho. A tutela da posse tomada por ela mesma, não como reflexo da propriedade, é realidade jurídica abrangida pela Constituição e deve vigorar desta forma também na práxis.

3.2 – A Tutela da Posse no NCCB

O Novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, disciplina a proteção da posse, pela via dos interditos, no artigo 1.210. De acordo com Orlando GOMES, os interditos são os meios processuais pelos quais o possuidor pode defender sua posse. Orlando GOMES argumenta que faz sentido a presença da regulamentação dos interditos no Código Civil porque “o direito aos interditos, sendo parte integrante do conteúdo da posse, deve ser disciplinado, na sua fundamentação, pelo Código Civil”.¹⁹⁵

De maneira geral, o Código Civil de 2002 reproduz as regras relativas à posse encartadas em seu antecessor, o Código Civil de 1916. O artigo 485, o qual conceituava o instituto no antigo diploma, tem correspondência no atual artigo 1.196¹⁹⁶

A partir do conceito de possuidor positivado no referido dispositivo, percebe-se que a proteção da posse no Direito Brasileiro ainda se funda no direito proprietário. Não se vislumbra, portanto, possibilidade, tomando por base apenas o Código Civil, de proteção autônoma da posse.

Teori Albino Zavaski explica que, de acordo com a exposição de motivos da Comissão que elaborou o anteprojeto do Novo Código, a manutenção das regras acerca da definição de posse justifica-se no sentido de preservar a objetividade crítica que foi calcada após mais de meio século de aplicação na doutrina e na jurisprudência.¹⁹⁷

O conceito de posse simples, então, positivado no Código Civil brasileiro, perde a oportunidade de consagrar os objetivos e princípios fundamentais eleitos pela Constituição da República de 1988. A função social da propriedade, explicitada no rol dos direitos fundamentais e que se revela hoje como dever inerente

¹⁹⁵ GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 98.

¹⁹⁶ Art. 1.196: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

¹⁹⁷ ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 850.

ao direito proprietário, poderia ter sido contemplada pelo Código Civil, porém não o foi. Ainda que o conceito permaneça o mesmo, percebem-se avanços a partir do instituto da usucapião, explicitados na lúcida crítica de Teori Albino Zavaski:

“Porém, sem comprometimento dos ganhos doutrinários e jurisprudenciais enunciados, o Código Civil recém-aprovado traz avanços importantes, a começar pela nova configuração do instituto da usucapião.¹⁹⁸” A redução dos prazos da usucapião, na comparação entre o Código de 1916 e o atual revela-se importante no sentido de possibilitar que a posse sirva de instrumento capaz de alçar o indivíduo da condição de não proprietário à de proprietário.

O presente trabalho, porém, objetiva a investigação do conceito de posse e o Código Civil consagra tal conceito em seu artigo 1.196, o qual repete a definição do diploma anterior e não avança, como poderia ter feito, se tivesse se aproximado mais da concepção de função social da propriedade que o constituinte fez constar do rol de direitos fundamentais da Carta de 1988 e que poderia, portanto, fazer concretizar meios de diminuição da desigualdade sócio-econômica brasileira.

Neste sentido, sublinhamos a lição de Fachin:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. [...] o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade.¹⁹⁹ (p. 19/20).

O codificador deve atentar para a realidade social e especialmente guardar coerência com o sistema. Aceita a premissa de que a Constituição deve ser o centro irradiador do sistema e que são objetivos da república a diminuição da

¹⁹⁸ZAVASCKI, T. A. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 850.

¹⁹⁹FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 19 e 20.

desigualdade social, além de prescrever também a Carta Magna que a propriedade atenderá à sua função social, não se pode elogiar um Código Civil cujo projeto é antigo, mas cuja promulgação é posterior à Constituição de 1988, que não atenda aos princípios encartados na Constituição e que mantenha em seu teor um conceito de posse simples ainda e sempre antigo, atrelado à propriedade, sem deixar transparecer horizontes e possibilidades para afirmar a posse e sua tutela de forma autônoma.

Ainda que a Constituição abra a possibilidade para uma tutela menos excludente e mais solidária da posse, o conceito positivado no Código Civil mostra-se alheio a esta realidade, evidenciando-se preso ainda à idéia de proteção da posse atrelada à propriedade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico se propôs a investigar a tutela da posse no ordenamento jurídico brasileiro. Temos ciência de que é tema deveras complexo e amplo e que nosso trabalho, conforme sua pretensão inicial, não o exauriu, porém, espera-se tenha cumprido sua missão inicial, ou seja, demonstrar em que termos está hoje conformada a proteção da posse pela Constituição e pelo Novo Código Civil Brasileiro. Além disto, à guisa de conclusão, há que se indicar, também, problemas que circundam o tema da posse na realidade pátria atual.

A pesquisa partiu da análise das clássicas teorias subjetiva e objetiva, de Savigny e Ihering, sobre a posse, confrontando-as. Esclareceu a opção do legislador brasileiro e explanou a insuficiência do conceito de posse tomado unicamente a partir da codificação civil. Não há como tratar de posse ou de qualquer outro instituto juscivilístico partindo apenas do estatuto privado. Há que se atentar para a Constitucionalização do Direito Civil, nos termos propostos por, dentre outros, Perlingieri, Tepedino e Fachin. Ter como norte o Direito Civil que concretiza a proteção da dignidade da pessoa humana. Tratamos, também, da dimensão histórica do tema, investigando a evolução da propriedade e da posse. Verificamos, ainda, a disciplina do tema no Brasil, ao longo dos tempos. Partiu-se, então, para a conformação atual do instituto na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002. O estudo da posse é relevante para possibilitar soluções para a sociedade brasileira, seja no tocante ao problema da reforma agrária, seja nas ocupações urbanas, no inchaço das periferias dos grandes centros. A posse é uma realidade social inegável e deve o jurista procurar a forma mais humanista e solidária para aplicar os dispositivos legais concernentes ao instituto, de forma a diminuir a desigualdade social.

Verifica-se, no Brasil, a existência de parcela considerável da população que vive excluída do acesso aos bens – sejam bens imóveis capazes de assegurar o direito à moradia, seja acesso a bens materiais que permitam um mínimo de conforto e garantia de uma vida digna. Neste contexto, a proteção da posse pode permitir que o

sujeito seja alçado à situação de proprietário ou, ainda, que a possibilidade de tutela autônoma da posse seja capaz de permitir convivência social pacífica, ainda que não se garanta a titularidade do bem em questão. Aliás, conforme a doutrina preconizada por Manuel RODRIGUES, Fernando Luso SOARES e António Hernandez GIL²⁰⁰, a vertente social do instituto da posse pode ser entendida como o que de mais relevante há no instituto, de modo que a projeção dele enquanto “em si mesma condição determinante de certos direitos”²⁰¹, negando-se, desta maneira, a tutela da posse simplesmente enquanto mero reflexo da propriedade. Isto porque a proteção jurídica da posse, em última instância, significa a proteção da pessoa do possuidor²⁰², fator que deve ser considerado em alto grau quando se quer, conforme a lição de Luiz Edson FACHIN já mencionada aqui, fazer da terra mais abrigo e menos exclusão.

Há que se destacar, sublinhando alerta feito por Laura Beck VARELA, que quando se cuida do tema da posse, além das clássicas teorias objetiva e subjetiva, de Ihering e Savigny, que exploramos no presente estudo, há mais teorias e obras sobre o tema, elaboradas desde a Roma Antiga até o Século XIX.²⁰³ Porém, a leitura dos clássicos possibilita que se reflita sobre os problemas atuais, conforme nos lembram Antonio Menezes Cordeiro e Laura Beck Varela.²⁰⁴ Desta forma, justifica-se a necessária confrontação que se pretendeu realizar na presente pesquisa entre as duas célebres teorias mencionadas. Pode-se citar, ainda, que a Teoria Objetiva, elaborada por Ihering, foi recepcionada pela maior parte das legislações, porém é raro que isso seja feito de forma absoluta – ou seja, em algum ponto se flexibiliza o pensamento

²⁰⁰ SOARES, Fernando Luso. Ensaio Sobre a Posse enquanto fenômeno social e instituição jurídica. In: RODRIGUES, Manuel. *A Posse – estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1996, p. XXIV.

²⁰¹ VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia*. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 804.

²⁰² VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia*. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 793.

²⁰³ Ainda, merece destaque: “ A pessoa é o objeto da proteção da posse”. VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia*. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 807.

²⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 50. e VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia*. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 800.

objetivo e se faz alguma concessão ao subjetivismo de Savigny. Entretanto, a Teoria Objetiva tem maior aceitação por ser mais fácil de ser provada em juízo, justamente em razão do excesso de subjetivismo da Teoria Subjetiva.

A Constituição Federal de 1988 aponta para um caminho mais solidário e humanista na disciplina dos direitos reais, exigindo que a propriedade cumpra sua função social e arrola entre seus objetivos a diminuição das desigualdades sociais. A posse configura-se, nesse cenário, como ferramenta que possibilita aos sujeitos não-proprietários passarem à condição de proprietários e abre espaço para que as diferenças sócio-econômicas, tão gritantes no Brasil, não sejam tão enormes.

Entretanto, apesar da possibilidade apresentada pela Constituição, o Código Civil marcha em sentido contrário e tutela a posse, marcadamente, como reflexo da propriedade, conforme o conceito de posse simples explicitado pelo artigo 1.196. O conceito de posse do Código de 2002, que repete aquele mesmo conceito do Código anterior, de 1916 remete à importância de um estudo da gênese do instituto e do conceito de posse²⁰⁵.

Importante, neste sentido, revisitar as críticas feitas no âmbito do presente estudo, no contexto do fenômeno da crise das codificações. Apesar de não ser recente²⁰⁶, a crise das codificações, ou seja, a falência da pretensão exauridora de conteúdo da realidade, contida no projeto da Modernidade que tocava também os Códigos Civis, tendo seu precursor no *Código de Napoleão*, enjaula a realidade e não permite que todas as relações sejam reguladas por um único estatuto. Faz-se necessário deixar iluminar o ordenamento civilístico pelos princípios constitucionais, repersonalizando o Direito Civil, levando a uma possibilidade de tutela da posse dimensionadora da dignidade da pessoa humana. O princípio da função social, como foi visto, é válido não somente para a propriedade, mas também para a posse. A tutela

²⁰⁵ “Tal tarefa, contudo, deve ser feita com o olhar voltado à autonomia do instituto da posse, visto que os demais dispositivos do projeto valorizam sua função e significação social” VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia. In: COSTA, Judith Martins. A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 790.

²⁰⁶ “O império dos códigos nunca chegou a perdurar com toda a plenitude originalmente imaginada.” ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e Codificação: A dinâmica atual do binômio. In: COSTA, Judith Martins. A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

possessória trazida pelo novo Código revela-se presa enquanto reflexo e subordinação da posse à propriedade, à medida em que, conforme afirma Laura Beck Varela, “manteve o jheringniano art. 485 do Código Beviláqua”²⁰⁷. Porém, a autonomia e a função social da posse, nos dispositivos em que se reconhece o valor da posse-trabalho e demais efeitos da posse considerada em sua autonomia, iluminados pelos princípios de caráter solidário e humanista trazidos pela Constituição Cidadã, podem nos levar a uma práxis judicial mais justa, concretizadora da terra abrigo, do direito à moradia, da reforma agrária, da igualdade social. Caberá, aos intérpretes do direito, aos juristas, aos doutrinadores, aos juízes, aplicar as duas facetas do instituto, trazendo aos casos concretos a hermenêutica condizente com as diversas manifestações da posse na vida social²⁰⁸.

Cumprimos o itinerário exposto, partindo das considerações gerais sobre a posse, passando pelos fundamentos do instituto: as teorias clássicas sobre a posse, através dos ensinamentos de IHERING e SAVIGNY, evidenciando a forte presença ainda hoje exercida pelas teorias por eles elaboradas nos ordenamentos jurídicos. Percorremos a história e a conformação atual do instituto no ordenamento civil-constitucional.

A proteção designada à posse pelo Código Civil de 2002 não se deixou banhar pelos princípios da Constituição e manteve sua essência atrelada tão somente à proteção da propriedade, numa perspectiva que vislumbra a posse como mero reflexo da propriedade, visão que deve ser combatida pelos operadores do direito, fazendo incidir nas relações interprivadas os direitos fundamentais consagrados pela Constituição, possibilitando-se, assim, uma visão mais ampla e plural, que possibilite a tutela autônoma da posse.

²⁰⁷ VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia. In: COSTA, Judith Martins. A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 836.

²⁰⁸ VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse Entre Abstração e Autonomia. In: COSTA, Judith Martins. A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 837.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Constituição e Codificação: A dinâmica atual do binômio*. In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Vailton Loula de. *Formação do Direito Fundiário Brasileiro*. São Paulo: Iglu, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*. Coimbra: Almedina, 2000.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)* In: Carmen Lúcia Silveira Ramos; Luiz Edson Fachin; Gustavo Tepedino; Heloísa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). *Diálogos sob o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson, *A Cidade Nuclear e o Direito Periférico*, RT v. 723 janeiro de 1996.

FACHIN, Luiz Edson, *O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória*. Folha de São Paulo. p. 2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson (Atual.). *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1958.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Função Social da Propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e outros ensaios*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro Séculos de Latifúndio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Bushatsky, 1974.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Constitucionalização do Direito Civil*, Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar 1999 p. 99-109.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PONTES DE MIRANDA, Francisco José Cavalcante. *Tratado de D. Privado*, vol. 10

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 8. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUES, Manuel. *A Posse – Estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1996.

SALOMON, Delcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Teoria subjetiva da posse [online] Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5277&p=2>>. Última atualização em 23 de julho de 2005.

SILVA, João Calvão da. *Direitos Reais (algumas notas sumárias)*. Notas de acordo com as lições proferidas ao Curso Jurídico de 1981-82. Porto, 1981.

STAUT JUNIOR, Sergio Said. *Cuidados Metodológicos no Estudo do Direito de Propriedade* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 42 (2005) Editor: José Antonio Peres Gedieli; Link <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/5175/3891>

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse entre abstração e autonomia* In: COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2005.

WIEACKER, Franz. História do Direito privado Moderno. 2.ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil In: COSTA, Judith Martins. A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.