

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

**ENSAIO HERMENÊUTICO PARA A TUTELA CONCRETA DA POSSE
E DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

VOLUME I

TESE APRESENTADA AO CURSO
DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO
PARANÁ, COMO REQUISITO
PARCIAL À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE DOUTOR EM DIREITO.

ORIENTADOR:
PROF. DR. CELSO LUIZ LUDWIG

CO-ORIENTADOR:
PROF. DR. JOSÉ ANTÔNIO PERES
GEDIEL

CURITIBA

ABRIL DE 2001

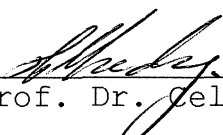
TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

ENSAIO HERMENÊUTICO PARA A TUTELA CONCRETA DA POSSE E
DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

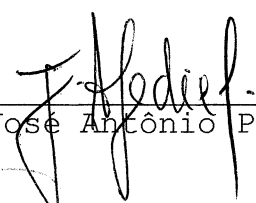
Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, perante a seguinte Comissão Examinadora:

Orientador:




Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Co-Orientador:




Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel


Membros:



Prof. Dr. Ovídio A. Baptista da Silva



Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto



Prof. Dr. Dennison de Oliveira

Curitiba-Pr, de de 2001.

*À Manoel e Terezinha, com quem aprendi
tudo*

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem a colaboração inestimável dos professores componentes do corpo docente do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Estes professores, com conhecimento e competência, facilitaram o meu aprendizado. Manifesto a todos minha gratidão e meu respeito.

Agradeço de forma especial a três professores. Os Profs. Drs. Celso Luiz Ludwig e José Antônio Peres Gediel, de quem fui aluno desde o curso de graduação em direito, tendo agora o privilégio de ser por eles orientado na realização desta pesquisa. Tratam-se de professores de profundo conhecimento jurídico, cujo convívio intelectual torna-se indispensável nestes tempos em que a barbárie ameaça sorrateiramente o saber e a sabedoria. O outro professor a que me refiro é o Prof. Dr. Ovídio A. Baptista da Silva que, embora não faça parte do corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, desde a minha dissertação de mestrado, despendeu parte do seu tempo para ler o trabalho, fazer a crítica necessária e indicar correções, demonstrando

refinado conhecimento jurídico e sensibilidade digna dos professores imprescindíveis na vida de qualquer aluno.

Não poderia deixar de mencionar também a convivência rica e proveitosa com os alunos dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. A troca de idéias e de experiências com vários deles permitiu-me aprimorar a reflexão e, seguramente, evitou que muitos erros fossem cometidos. Agradeço em particular a Ricardo Aronne, Ana Cláudia Bento Graf e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, que tiveram a paciência de discutir comigo o tema deste trabalho e de fazer indicações bibliográficas e documentais preciosas. Aprendi muito com a presença inteligente de Dalton José Borba, Rosana Beraldi Bevervanço, Jorge de Oliveira Vargas e Viviane Girardi Prospero. Humildemente, agradeço a todos.

Agradeço a Fátima C. Becker Paim, Jussara de Araujo Pereira, Laura da Silva e Sandra Mara Pinheiro Maciel, funcionárias da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, bem como a Loiri Spader e Rita de Cassia Souza, funcionárias da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,

pela sempre cordial atenção com que me atenderam no decorrer dos anos em que freqüentei o curso de Doutorado.

Devo agradecer ainda a Asenate Xavier de Almeida, funcionária da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como também a Maria Elisa A. Barcelos, funcionária da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que facilitaram a busca de textos e de vários livros nas bibliotecas da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Entre os que colaboraram com a pesquisa, agradeço aos funcionários do Incra - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, em Curitiba. Entre os funcionários do Incra, agradeço em particular ao Dr. Walter Pozzobon, que forneceu dados estatísticos a respeito de ocupação de áreas rurais e de produção agrícola no Brasil. Agradeço também a Adriano Antonio Bertolin que, na pesquisa jurisprudencial, ajudou-me na seleção de julgados relacionados ao tema.

Reservo um último agradecimento especial para Nancy Nicolas Oliveira que mais uma vez, carinhosamente, abdicou de horas de convívio e me

incentivou, com sua presença afetiva e intelectual,
para a concretização deste trabalho.

**"o direito, o pensamento jurídico está
por fundamentar, pois é utopicamente
idealista na teoria e astutamente
materialista na prática"**

NIETZSCHE

(Antonio Castanheira Neves, O Papel do Jurista
no Nosso Tempo, Digesta - Escritos Acerca do
Direito, do Pensamento Jurídico, da sua
Metodologia e Outros, Coimbra, Editora
Coimbra Ltda, 1995, 1.ª vol., pág. 46)

SUMÁRIO

VOLUME I

Considerações Preliminares.....	01
---------------------------------	----

PRIMEIRA PARTE

OS CAMINHOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Capítulo I

A Interpretação Jurídica na Concepção Juspositivista

Seção 1

Métodos Clássicos de Interpretação.....	10
---	----

Seção 2

Interpretação e Integração.....	21
---------------------------------	----

Seção 3

Técnica de Subsunção.....	41
---------------------------	----

Capítulo II

A Abordagem Hermenêutica do Direito

Seção 4

Racionalismo, Racionalidade e Sistematização do Direito.....	50
--	----

Seção 5

Da Jurisprudência dos Conceitos à Jurisprudência de Valoração.....	71
--	----

a) Os Limites da Lógica.....	77
------------------------------	----

b) A Importância dos Valores.....	80
-----------------------------------	----

Seção 6

Hermenêutica Filosófica e os Pressupostos de uma Nova Racionalidade para o Direito.....	82
---	----

SEGUNDA PARTE

FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS CONCEITOS DE POSSE E DE PROPRIEDADE

Capítulo III

Posse

Seção 7

Direito Romano: Interditos. Princípios e Conseqüências.....	102
---	-----

Seção 8	
Direito Moderno: Savigny e Ihering. Conceito. A Posse Vinculada à Propriedade.....	112

Capítulo IV
Propriedade

Seção 9	
Roma e Idade Média. A Propriedade Absoluta.....	125
Seção 10	
Direito Moderno: Conceito. Elementos. Impasses e Limites da Propriedade. Titularidade e Transferência.....	135

Capítulo V
Posse e Propriedade na Realidade Social e Jurídica Brasileira

Seção 11	
O Modelo Econômico.....	151
Seção 12	
Estrutura Latifundiária.....	159
Seção 13	
Espaço Urbano.....	166
Seção 14	
O Código Civil de 1916 e a Constituição de 1988.....	182

VOLUME II

TERCEIRA PARTE

TUTELA DE DIREITOS

Capítulo VI
Ação e Jurisdição

Seção 15	
O Conceito de Ação.....	198
Seção 16	
O Conceito de Jurisdição.....	212
Seção 17	
A Complementação Necessária entre Ação e Jurisdição.....	228

Capítulo VII
A Relação entre Processo e Direitos

Seção 18	
O Problema da Autonomia entre Direito e Processo.....	238

Seção 19	
Pressupostos da Idéia de Tutela de Direitos.....	248
Seção 20	
Tutelas: Técnicas e Efetividade.....	258

QUARTA PARTE

CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DA TUTELA CONCRETA DA POSSE E DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Capítulo VIII Premissas do Trabalho Hermenêutico

Seção 21	
Situação do Problema Metodológico.....	271
Seção 22	
Enfoque Hermenêutico e Possibilidades de uma Metodologia da Concretização no Direito.....	282
Seção 23	
A Solução Viável - A Forma do Ensaio e o Modelo da Dialética Negativa.....	298

Capítulo IX A Posse e o Direito de Propriedade na Perspectiva do Caso Concreto

Seção 24	
A Concretização da Função Social da Posse e do Direito de Propriedade.....	313
Seção 25	
O Conteúdo Material da Posse.....	329
Seção 26	
O Direito Constitucional de Ser Proprietário.....	349

Capítulo X A Tutela Efetiva e Concreta da Posse e do Direito de Propriedade

Seção 27	
Ação de Direito Material, Instrumentalidade e Manejo Técnico de Tutelas.....	369
Seção 28	
Tutela Concreta da Posse e do Direito de Propriedade, Ações Típicas e Exame da Casuística.....	383
a) Possessórias.....	391
b) Reivindicatória, Ação Negatória, Demarcatória, Ação de Divisão e Ação de Imissão de Posse.....	394
c) Desapropriatórias e Discriminatórias.....	399

d) Usucapião.....	403
Conclusão.....	406
a) Premissas.....	406
b) O Significado da Hermenêutica.....	407
c) Posse e Propriedade.....	411
d) Processo.....	415
e) Giro Dialético.....	417
Referências Bibliográficas e Documentais.....	424

RESUMO

A idéia básica que sustenta a tese é a proposta de um ensaio hermenêutico para a tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro que tenha como relevante a premissa de que o conhecimento jurídico constitui-se através da história e na correlação de valores entre saber prático e saber teórico. A crítica do pensamento formal-positivista é o ponto de partida na busca de uma nova racionalidade para o direito comprometida com o processo de concretização e com a construção da tutela material da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira. Sem negar a importância da teoria e da positividade da lei, ressalta-se a idéia de que o direito somente adquire sentido no processo de concretização. O trabalho apoia-se nos postulados da hermenêutica filosófica e da dialética negativa, através da forma do ensaio. Trata-se do problema da interpretação jurídica, do papel do intérprete e da metodologia interpretativa, bem como da evolução histórica dos conceitos de posse e de propriedade e dos reflexos do princípio da instrumentalidade e da noção de tutela no direito processual contemporâneo. A construção de tutelas está atrelada à racionalidade interpretativa, à configuração do direito material na realidade social e histórica e ao caráter instrumental do processo. A interação dialética entre racionalidade interpretativa, direito material e processo permite desenvolver a idéia de tutela material da posse e da propriedade, com base nas premissas de conteúdo material da posse e da existência de um direito constitucional de ser proprietário, que não são conceitos de posse e de propriedade. Tratam-se de premissas orientadoras da concretização da posse e do direito de propriedade funcionalizados, de acordo com os princípios fundamentais contemplados na Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Tese. Direito. Hermenêutica. Posse e Propriedade. Tutela.

ABSTRACT

The basic idea supports the thesis is the proposal of a hermeneutics essay for the real tutorship of possession and property in the Brazilian Law, which is relevant to the premise that the legal knowledge is acquired through history and through the correlation of values between practical and theoretical knowledge. The criticism of the formal-positivist thought is the starting point in the search of a new rationality in the Law, committed to the process of putting the law into practice and to the form of the possession and right of property tutorship into the social and legal Brazilian reality. Not denying the importance of the theory and of the positivism of the law, we emphasize the idea that law only makes sense into the process of putting it into practice. The work leans on the philosophical hermeneutics postulate and on the negative dialectics to, through the essay, deal with the problems of the legal interpretation, the roles of the interpreter and the interpretative methodology, the historical evolution of the possession and property concepts, and the reflections of instruments origin and of the notion of the contemporary legal proceedings. The tutorship work is connected to the interpretative rationality, the configuration of the material right into the social and historical reality, and to the instrumental features of the legal proceedings. The dialectics interaction between interpretative rationality, material right, and legal proceedings allows developing the idea of material tutorship of possession and property based on the possession material contents premise and on the existence of an ownership constitutional law premise, which are not possession and property concepts but, guided premises into the process of putting of possession and right of property and their social function, according to the 1988 Brazilian Constitution fundamental principles.

Keywords: Thesis. Hermeneutics. Possession and Property. Tutorship.

RIASSUNTO

L'idea fondamentale che sostiene la tesi è la proposta di un saggio ermeneutico per la tutela concreta del possesso e della proprietà nel diritto brasiliano, che abbia come rilevante la premessa di che la consapevolezza giuridica si è sviluppata tramite la storia e nella valutazione fra il sapere pratico e il sapere teorico. La critica del pensiero formale-positivista è il punto di partenza nella ricerca di una nuova razionalità per il diritto compromesso con il processo di individuazione e con la costruzione della tutela materiale del possesso e del diritto di proprietà, nella realtà sociale e giuridica brasiliana. Senza negare l'importanza della teoria e della positività della legge, risale l'idea di che il diritto acquista soltanto senso nel processo di individuazione. Il lavoro si appoggia nei postulati dell'ermeneutica filosofica e della dialettica negativa per, attraverso la forma dello saggio, trattare del problema dell'interpretazione giuridica, dell'atteggiamento dell'interprete e della metodologia interpretativa, dell'evoluzione storica dei concetti del possesso e di proprietà e dei riflessi del principio dell'instrumentalità e della nozione di tutela nel diritto processuale contemporaneo. La costruzione di tutele è attaccata alla razionalità interpretativa, alla configurazione del diritto materiale nella realtà sociale e storica e al carattere strumentale del processo. L'interagire dialettico fra razionalità dell'interpretazione, diritto materiale e processo permette sviluppare l'idea di tutela materiale del possesso e della proprietà, basato nelle premesse del contenuto materiale del possesso e della esistenza di un diritto costituzionale di essere proprietario che non sono i concetti del possesso e del diritto di proprietà, ma le premesse che guidano l'individuazione del possesso, del diritto di proprietà e le loro funzione sociale, d'accordo con i principi fondamentali previsti nella Costituzione Brasiliana del 1988.

Parole-chiavi: Tesi. Diritto. Ermeneutica. Possesso e Proprietà. Tutela.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A idéia básica que sustenta a proposta de um ensaio hermenêutico para a tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro é a de que o conhecimento jurídico constitui-se na correlação entre saber prático e saber teórico. A premissa exige do intérprete postura crítica e reconhecimento de que o direito é fenômeno social e histórico. A natureza abstrata da formulação teórica limita a compreensão do fenômeno jurídico que está marcado pela particularidade do fático.

A pretensa universalidade do conceito dificulta a compreensão da importância dos valores na constituição da juridicidade. A valoração no direito obriga o jurista a dedicar atenção às peculiaridades da configuração dos direitos a partir de determinada realidade social e histórica, que remete para a consideração de elementos inerentes a situação de fato a ser regulada. Daí a necessidade de reorientação no modo de conceber o fenômeno jurídico. A ordem jurídica comprometida com a tutela efetiva dos direitos deve estar orientada para assimilar os valores da situação de fato. O que não significa, entretanto, o abandono puro e simples da formulação teórica. A

abstração conceitual deixa de ser a premissa fundamental do conhecimento jurídico que passa a reconhecer válida a teoria que seja capaz de incorporar os elementos valorativos da situação de fato a ser regulada, ou seja, que possa dar conta do processo de interpretação e de concretização do direito.

A crítica do pensamento formal-positivista no direito é o ponto de partida na busca de uma nova racionalidade para o direito afinada com a idéia de tutela material e, conseqüentemente, com a tarefa concretizadora de direitos.

Uma primeira questão que deve ser enfrentada refere-se ao problema da possibilidade da construção de uma metodologia ou de uma teoria da tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro. A idéia de tutela concreta da posse e da propriedade já se apresenta de certo modo contraposta à abordagem metodológica do direito, notadamente em relação ao modelo de ciência abstrata e conceitual, na medida em que remete para a particularidade do fato da posse e da situação proprietária concreta. A contraposição aparente, todavia, não elimina a necessidade de enfrentar o problema do método e o da possibilidade de construção de uma teoria da tutela concreta da posse e da propriedade. Sendo assim, não está em causa a redução do fenômeno jurídico a uma

pragmática de usos e práticas que prescindam de um arcabouço teórico. O que está em causa é a correlação necessária no direito entre teoria e prática.

Conceber o direito através da correlação entre teoria e prática exige a adoção de um modelo de pensar o jurídico apoiado na forma do ensaio. A ensaística tem origem em Montaigne e conta com aceitação mais larga no campo da teoria literária. Adotar a forma do ensaio significa reconhecer que o conhecimento impõe à reflexão teórica a consideração da condição humana no mundo. A teoria, portanto, adquire sentido porque reportada a uma determinada realidade social e histórica. O modelo do ensaio permite compreender a tensão que se estabelece entre teoria e prática ou entre a lei positiva e os valores da situação de fato, no processo de interpretação e de aplicação do direito.

Não se trata, portanto, da construção da teoria da tutela concreta da posse e da propriedade. Antes, procede-se ensaisticamente na busca da construção de uma nova racionalidade que é acima de tudo processo.

A forma do ensaio revela o modo como se estrutura o conhecimento jurídico apoiado quase sempre na reflexão teórica nutrida de observações a respeito da realidade social e histórica em que

inseridos o jurista, o texto legal e a situação de fato a ser tutelada. Mas o que é mais importante para o que aqui se propõe é que o ensaio permite lidar com a configuração material dos direitos, no processo de concretização. Não pode ser negligenciado o fato de que a racionalidade interpretativa e a presença do intérprete exercem influência decisiva na conformação do direito material e do direito processual. O ensaio, deste modo, revela as escolhas metodológicas, a importância da tarefa interpretativa e o papel do intérprete na configuração material dos direitos.

Evidencia-se no trabalho a interação dialética entre interpretação, direito material e processo. E nem poderia ser diferente, uma vez que o objetivo é o de tratar da tutela da posse e da propriedade no direito brasileiro da perspectiva de concretização de direitos. O momento de concretização dos direitos é visto integrado à essência constituinte da juridicidade. Sem abdicar da construção teórica e sem ignorar a positividade da lei, a reflexão incorpora a idéia de que o direito adquire sentido no processo de concretização.

Dentro do objetivo traçado de formulação de um ensaio hermenêutico para a tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro, os fundamentos do trabalho estão apoiados

em três vetores principais: i) o problema da interpretação jurídica; ii) a questão da posse e do direito de propriedade, no âmbito do direito material; e iii) a construção de tutelas que, embora pareça estar ligada apenas ao processo, retira seus fundamentos também do direito material e não deixa de estar relacionada ao papel da interpretação no direito.

A primeira parte do trabalho explora a questão da interpretação jurídica, de início na perspectiva juspositiva e, na seqüência, numa abordagem mais ampla que envolve a relação indissociável entre filosofia e direito e o lugar da hermenêutica filosófica na construção de uma nova racionalidade para o fenômeno jurídico.

A segunda parte do trabalho trata do direito material de propriedade e da posse. Trata-se da posse e da propriedade no contexto jurídico, social, histórico e econômico de forma a permitir a identificação dos valores e elementos fundamentais para a elaboração dos conceitos de posse e de propriedade que passaram a ser reconhecidos válidos no direito moderno e, particularmente, no direito brasileiro.

Na terceira parte, aborda-se a função desempenhada pelo processo, a partir da idéia de tutela de direitos, que revigora o princípio da instrumentalidade dando-lhe feição compatível com as

exigências contemporâneas de efetividade material dos direitos.

No desenvolvimento da terceira parte, fecha-se o ciclo em torno da análise histórica e crítica dos três fundamentos principais para a construção da tutela concreta da posse e da propriedade. Inicia-se, portanto, um novo ciclo que volta a tratar da interpretação, da posse e da propriedade e da tutela de direitos. Intensifica-se a interação dialética dos três fundamentos, a partir das idéias lançadas nas três primeiras partes do trabalho, na direção do objetivo de construção da tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro.

No início da quarta parte, retoma-se a questão da interpretação para estabelecer as premissas de uma nova racionalidade interpretativa do direito, apoiada na hermenêutica filosófica e na dialética negativa. Na seqüência, a questão da posse e do direito de propriedade ressurgue orientada com mais intensidade para a perspectiva concretizadora. Evidencia-se o relevo do fato da posse e da situação proprietária concreta para a concretização da posse e do direito de propriedade justos, na realidade social e jurídica brasileira, através das idéias de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário, que não se tratam de conceitos de posse e

de propriedade, mas de verdadeiras premissas orientadoras da concretização da posse e da propriedade funcionalizadas. Na seqüência, retorna-se ao processo para tratar da construção de tutelas concretas para a posse e para a propriedade, sob o fio condutor da racionalidade hermenêutica do direito que está na base da formulação das premissas de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário. O objetivo é demonstrar a operacionalidade das premissas do conteúdo material da posse e do direito constitucional de ser proprietário, mediante o manejo técnico de tutelas, a adoção da idéia de ação de direito material e da concretização do princípio da instrumentalidade.

No final, trata-se das ações típicas e do exame da casuística jurisprudencial. Busca-se demonstrar a operacionalidade das premissas de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário na tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro.

A postura crítica que situa o direito no contexto histórico está presente em todo o desenvolvimento do tema.

O plano de trabalho inspirou-se na obra de Eduardo de Oliveira Leite¹. Para a estratégia de

¹ Ver A Monografia Jurídica, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985.

pesquisa foram consultadas as obras de Cláudio de Moura Castro², Franz Victor Rudio³ e Antonio Hernandez Gil⁴. Como suporte técnico para a elaboração do documento consultou-se a série de Normas para Apresentação de Documentos Científicos, elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Paraná. Em relação a escrita, procurou-se observar o que Renato Mezan recomendou para o trabalho de pesquisa na área da psicanálise, que pode ser estendido à pesquisa jurídica, porque também no direito se trata mais de compreender fatos e de, mediante a compreensão, construir a teoria, e não o contrário, como supõem o positivismo e racionalidades formalistas afins⁵.

² Ver A Prática da Pesquisa, São Paulo, Makron Books do Brasil Editora Ltda, 1977.

³ Ver Introdução ao Projeto de Pesquisa Científica, 18.ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1995.

⁴ Ver Metodología del Derecho, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945.

⁵ Ver Escrever a Clínica, São Paulo, Casa do Psicólogo Livraria e Editora Ltda, 1998.

PRIMEIRA PARTE

OS CAMINHOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Capítulo I

A Interpretação Jurídica na Concepção Juspositivista

Seção 1

Métodos Clássicos de Interpretação

A construção de tutelas concretas para a posse e para a propriedade, assim como para os direitos em geral, está atrelada ao problema da interpretação jurídica. O trabalho interpretativo confere substância aos direitos. Torna-se necessário, desse modo, iniciar a trajetória de demonstração das possibilidades da idéia de um ensaio hermenêutico em torno da tutela concreta da posse e da propriedade, enfrentando o problema teórico e prático da interpretação no direito.

Neste primeiro momento, é questionado o estudo da interpretação do ponto de vista interno ao ordenamento jurídico. Embora se refira a técnicas interpretativas consagradas no pensamento jurídico tradicional e na jurisprudência, o enfoque não está restrito a uma abordagem formal-positivista do fenômeno da interpretação. Trata-se de investigação dialética, e por isso mesmo crítica, da fundamentação de metodologias interpretativas comumente aplicáveis ao

direito que, de forma ensaística, na correlação entre teoria e prática, procura apontar os obstáculos impeditivos da efetividade material dos direitos. É imprescindível, neste aspecto, que a investigação permita desde o princípio evidenciar os limites e as possibilidades de uma metodologia interpretativa compatível com a construção de tutelas destinadas a assegurar a efetividade material da posse e do direito de propriedade.

O sentido da norma surge da relação que se estabelece entre o intérprete, os elementos da situação de fato e o texto legal objeto da interpretação. Tomada esta relação como ponto de partida da reflexão, pode-se afirmar que não é possível identificar de forma rigorosa os elementos constituintes do ato interpretativo de modo a defini-lo e, pela definição, estabelecer os fundamentos de uma teoria da interpretação. Os valores do contexto histórico em que situados o intérprete, o texto legal, o caso concreto e a própria atividade interpretativa escapam à abstração conceitual e, conseqüentemente, a uma forma de conhecimento apriorístico, sem conexão imediata com a concretude do mundo.

Ao invés da teoria da interpretação, o que é teoricamente defensável é a possibilidade concreta de diversas teorias

interpretativas que, baseadas em diferentes premissas, se disponham a reunir elementos capazes de sustentar explicação plausível para o fenômeno da interpretação e da aplicação do direito em seus variados ângulos.

A interpretação é relação e processo inseridos na realidade histórica. A construção dos fundamentos teóricos da interpretação depende portanto dos valores reconhecidos relevantes no contexto histórico para determinar o sentido justo da norma.

Embora reconheça a complexidade do fenômeno da interpretação jurídica que dificulta o trabalho teórico em torno da matéria, a doutrina tradicional, na linha do pensamento de Savigny¹, trata de identificar os elementos determinantes da formulação conceitual da atividade interpretativa². A abordagem neste caso adota quase sempre perspectiva interna ao ordenamento jurídico. A validade do ato interpretativo depende de elementos integrantes da lei positiva. Fala-se, desse modo, em interpretação gramatical, lógica,

¹ Ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 384.

² Carlos Maximiliano afirma que "Tradicionalmente, além de dividir a interpretação, quanto à sua origem, em autêntica e doutrinal, também a decompunham, conforme os elementos de que se servia, em gramatical e lógica. Hoje não mais se aceitam semelhantes denominações impróprias. A interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros: o gramatical, ou melhor, filológico; e o lógico, subdividido este, por sua vez, em lógico propriamente dito, e social, ou sociológico." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1998, pág. 106).

sistemática e histórica, evolutiva ou teleológica³. Esta postura metodológica, de natureza formal-positivista, facilita a diferenciação conceitual de cada elemento da interpretação. Observado o que é mais importante, permite formular classificações que tentam enfrentar o desafio de construção de uma teoria interpretativa. O que não pode ser conceituado ou definido pode, pelo menos, ser classificado, recortado, separado e, de certo modo, objetivado pela abstração conceitual.

A interpretação preocupada em distinguir elementos gramaticais, lógicos e sistemáticos ocupa-se primordialmente do texto da lei interpretanda. Para uma interpretação voltada para os elementos históricos, evolutivos ou teleológicos o que é fundamental é o sentido da disposição legal. No ato interpretativo, entretanto, os elementos da interpretação estão interligados. Passa-se de uma fase de compreensão estritamente gramatical do texto da lei para uma outra fase de compreensão lógico-sistemática, dirigida a uma finalidade ou a concretização de um princípio que contém elementos de caráter histórico ou

³ Para Hans Kelsen "Todos os métodos de interpretação até agora elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade - quase sempre problemática - do legislador tem - do ponto de vista do Direito positivo - valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar "juridicamente" uma, com exclusão da outra." (Teoria Pura do Direito, 3.ª ed., São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 1991, pág. 367).

finalístico⁴. A passagem de uma fase a outra é demarcada pela positividade do texto legal, objeto da interpretação, e pelo trabalho do intérprete. Não se trata de superposição de etapas distintas, mas de estágios interligados onde os elementos de uma fase e de outra adquirem novos contornos até a determinação do sentido da norma jurídica.

Todo o ato de interpretação inicia-se pelo texto da lei, mesmo que o objetivo seja o de negar-lhe eficácia. Ressalvada a hipótese de integração, não é concebível que o sentido da norma, nos sistemas jurídicos apoiados na lei positiva, seja fixado fora do âmbito de possibilidades consideradas na relação objetiva entre a atividade de interpretação, o texto legal e de forma mediata os elementos da situação de fato⁵. Embora o ato de interpretação tome como ponto de partida a letra da lei, a tarefa interpretativa, na

⁴ A respeito do ato interpretativo e dos chamados elementos da interpretação José de Oliveira Ascensão escreve que "Antes devemos distinguir uma apreensão literal do texto, que é o primeiro e necessário momento de toda a interpretação da lei, pois a letra é o ponto de partida. Procede-se já a interpretação, mas com isto nenhuma interpretação fica ainda completa. Há só uma primeira reacção em face da fonte, e não o apuramento do seu sentido. Mesmo que venha a concluir-se que o sentido do texto é de facto coincidente com a impressão literal isso só se tornou possível graças a uma tarefa de interligação e valoração, que escapa ao domínio literal. Inversamente, não há nenhuma interpretação lógica que se separe da análise do texto, pois após aquela primeira impressão todo o progresso no caminho da apreensão do significado do texto se faz mediante uma interacção constante do texto e de outros elementos de esclarecimento, até se chegar à determinação do espírito. A apreensão do sentido literal é imediatamente acompanhada de uma elaboração intelectual mais ampla. Estas dificuldades evitam-se se falarmos, não numa interpretação literal e numa interpretação lógica, mas na interpretação como operação incidível, que assenta num elemento gramatical ou literal e em elementos lógicos. O elemento gramatical é a letra, com o seu significado intrínseco; os elementos lógicos são todos os restantes aspectos a que se pode recorrer para determinar o sentido." (O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira, 6.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pág. 378).

⁵ Karl Larenz cita Meier-Hayoz para quem o teor literal da lei tem dupla missão: serve de ponto de partida da indagação do sentido e fixa os limites da atividade interpretativa. Para Larenz "Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 387).

determinação do sentido da norma, não está circunscrita à literalidade do texto. A partir do texto legal inicia-se o processo de elaboração racional que constitui o ato de interpretação e que tem por objetivo alcançar o sentido da norma que somente é determinável no processo de concretização do direito.

A abordagem literal ou gramatical do texto legal ou mesmo a busca de uma conexão lógico-sistemática, entre textos de leis positivas não permite determinar o sentido da norma. O trabalho de interpretação não se destina a determinar o sentido da norma jurídica considerada a letra da lei de forma isolada ou apenas conectado ao sentido das demais regras do ordenamento. O sentido da norma torna-se discernível uma vez reconhecida a dinâmica sistêmica do ordenamento jurídico e através do confronto da literalidade do texto legal com os elementos da situação de fato. O sentido do texto legal é determinado no momento da aplicação. Logo, o trabalho de interpretação que pretenda valer-se de elementos gramaticais ou lógico-sistemáticos, voltado exclusivamente para a letra da lei e para o alcance literal das regras integrantes do ordenamento jurídico, sem considerar o momento da aplicação e os elementos da realidade concreta, não terá condições de delimitar o sentido da norma e, por conseguinte, propiciar a

elaboração de tutelas efetivas para a posse e para a propriedade⁶.

A abordagem fragmentada da tarefa interpretativa que objetiva distinguir elementos gramaticais, lógico-sistemáticos, históricos, sociológicos ou teleológicos não considera o papel da linguagem na interpretação e na construção do sentido do texto interpretado, nem tão-pouco o lugar que o intérprete ocupa no processo interpretativo.

A interpretação gramatical está orientada para a inteligibilidade da letra da lei e da positividade que lhe assegura validade. O intérprete se defronta com a palavra e nela busca orientação inicial para o projeto de identificação do sentido da norma⁷. Ainda não está considerado o papel da linguagem para a determinação do sentido do texto legal. O trabalho do intérprete se restringe a identificar a técnica gramatical do texto, sem conotação de valores que não os das regras gramaticais⁸. O objetivo da interpretação

⁶ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior "Os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Estes problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação, São Paulo, Editora Atlas S/A., 1990, pág. 260).

⁷ Interpretar é produzir uma paráfrase, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que completa afirmado que "a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equivocações proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação, pág. 261).

⁸ Este trabalho, todavia, ainda não é capaz de conduzir ou reconduzir o texto à linguagem e de, conseqüentemente, instaurar o processo de compreensão do sentido, conforme o formulado por H.G. Gadamer. (Ver Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, 2.ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 1998).

é apenas o de determinar um sentido tanto quanto possível literal do texto da lei⁹.

Para a interpretação de natureza lógico-sistemático interessa a relação entre um determinado texto legal e o das demais regras positivadas no ordenamento jurídico. O sentido literal de uma determinada lei deve estar de acordo com o contexto de sentido subjacente ao conjunto de textos integrantes do ordenamento jurídico¹⁰. A concordância é inferida através de relação estabelecida entre o sentido literal possível de um texto legal específico e o sentido literal mais amplo que pode ser lógica e sistematicamente deduzido do conjunto de leis positivas.

A relação lógico-sistemática propiciadora do sentido literal do texto legal, embora já contenha um princípio de valoração teleológica, é pensada e pressuposta na estrutura formal do ordenamento jurídico e, desse modo, ainda não chega a alcançar compreensão do fenômeno jurídico que tenha como relevante o conceito de sistema no direito. A

⁹ Karl Larenz define o sentido literal como "o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso lingüístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 385).

¹⁰ Segundo Karl Karez "Para além desta função geral do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma concordância objetiva entre as disposições legais singulares. Entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 391).

sistematização de que se ocupa a interpretação, neste nível, é tomada na perspectiva do texto da lei e está destinada a manter o princípio de completude do ordenamento jurídico positivo. Na interpretação lógico-sistemática, o juízo valorativo inerente à noção de sistema no direito subordina-se à positividade da lei.

O carácter sistemático atribuído à interpretação apoiada na letra da lei reforça o pressuposto teórico de completude do ordenamento jurídico e favorece uma abordagem formal-positivista do direito. A interpretação permanece atrelada a um procedimento lógico e abstrato de determinação de sentido da norma jurídica¹¹.

A interpretação histórica, sociológica ou teleológica objetiva determinar a finalidade contida no texto da lei. A investigação da finalidade histórica ou teleológica da lei tem grau mais elevado de conteúdo valorativo. Neste tipo de interpretação é inevitável a ocorrência de relação comparativa entre os valores do momento histórico e

¹¹ Ainda hoje, de acordo com Karl Larenz, "poucos juristas, mesmo aqueles que são defensores de uma "Jurisprudência de valoração" são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceptual-abstrato. Deslumbrados pelo conceito cientificista de ciência, receram abandonar, conjuntamente com o sistema conceptual-abstrato, a pretensão de cientificidade da Jurisprudência. Descuraram assim o facto de que a ciência do Direito, que pertence às ciências "compreensivas" em sentido estrito, só pode justificar a sua pretensão mediante o desenvolvimento de modos de pensamento adequados ao seu objecto e hermeneuticamente garantidos, e não mediante o intento inútil de uma acomodação aos métodos das ciências "exatas". Na realidade, porém, muitos juristas, sem que disso tenham plena consciência, já não argumentam actualmente com conceitos do sistema conceptual-abstrato, mas com conceitos determinados pela função e com princípios, isto é, tendo em conta o sistema "interno" se bem que este só se tenha até agora manifestado em tentativas." (Metodologia da Ciência do Direito, pag. 533/534).

social de elaboração da lei¹² e os da realidade social e histórica do processo de aplicação. A comparação, todavia, não permite estabelecer correspondência linear de valores entre uma época e outra. O que resulta muitas vezes é que na aplicação do direito são considerados valores históricos e sociais que não estavam configurados para o legislador no momento da gênese da lei.

Projeta-se na lei uma finalidade posta para o legislador e outra, para o intérprete, dificilmente coincidentes. O legislador não pode definir todos os valores e finalidades inerentes ao texto da lei que está a elaborar. Nem o intérprete pode identificar na lei todas as finalidades que ela contempla. Para o legislador, o futuro da lei é cercado de incertezas que ele tenta controlar através da previsão de hipóteses de incidência. Para o intérprete, a incerteza da lei está na sua gênese e na ambiguidade que aparece no texto confrontado com a dinâmica da situação de fato. O intérprete, portanto, não pode apreender aquilo que o legislador não foi capaz de prever.

¹² A comparação remete para o problema da vontade do legislador. Sobre a investigação das idéias do legislador Karl Larenz adverte que "Só os fins, estatuições de valores e opções fundamentais determinados na intenção reguladora ou que dela decorrem, sobre os quais, de facto, os participantes no acto legislativo tomaram posição, podem ser designados como "vontade do legislador", que se realiza mediante a lei. É a eles que a interpretação há-de orientar-se em primeira linha, pois só assim pode garantir-se o papel preponderante dos órgãos legislativos adentro do processo global de criação e concretização do Direito." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 396).

A interpretação histórica, sociológica ou teleológica reserva ao intérprete o trabalho de construção do sentido do texto da lei. A pesquisa em torno dos valores e finalidades da lei conduz o intérprete a definir na aplicação um conjunto de valores e de finalidades capazes de traduzir a justiça que possa estar pressuposta no texto legal, que não se confunde com o conjunto de valores e finalidades previstos pelo legislador¹³.

A ênfase nos elementos históricos, sociológicos ou finalísticos da interpretação não decorre de orientação valorativa do ato interpretativo. O dado fundamental para a interpretação continua a ser a lei positiva. Para a racionalidade interpretativa formalista, os valores estão logicamente integrados à positividade da lei e constituem elementos objetivos ou objetiváveis na realidade social histórica. A exemplo da lei, os valores devem possuir validade universal porque elementos de uma ordem social e histórica reconhecida pelo intérprete como imutável. Reduz-se a realidade e seus valores a um conjunto de elementos objetivos discerníveis pelo intérprete por meio de conceitos abstratos¹⁴.

¹³ Conforme escreve Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 266).

¹⁴ Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz referência a um processo de generalização e de abstração que tem por objetivo controlar ou neutralizar a carga valorativa de modo a que os valores possam ser

A preocupação doutrinária com os elementos gramaticais, lógico-sistemáticos, históricos, sociológicos ou finalísticos da interpretação tem como premissa uma racionalidade lógico-formal do direito, apoiada na lei positiva. O pressuposto lógico-formal ignora o conteúdo valorativo do fenômeno jurídico e, com isso, inviabiliza a construção de tutelas direcionadas para assegurar efetividade material aos direitos.

Seção 2

Interpretação e Integração

O formalismo do pensamento jurídico tradicional, na análise dos elementos da interpretação, leva a reconhecer que o ordenamento jurídico constitui sistema de normas fechado e completo onde, do ponto vista lógico, não ocorreriam lacunas. O pressuposto de completude do sistema jurídico, todavia, em sentido estrito, está relacionado à metodologia utilizada para identificação e resolução do problema das lacunas. Ainda que reconhecido o direito como sistema fechado de normas, o modo como operada a completude do sistema remete para a discussão em torno da existência ou não de lacunas e da fórmula adotada para resolvê-las. O

conceito de lacuna, portanto, repercute na definição da natureza do sistema que constitui o ordenamento jurídico^{15 16}.

A lacuna está relacionada a inexistência de regra positiva para regular determinada situação concreta¹⁷. Esta ausência de regras positivas determinante da existência da lacuna pode, segundo parte da doutrina¹⁸, não depender apenas do confronto dos elementos da lei positiva com os elementos da

Dominação, pág. 265).

¹⁵ Sobre a relação entre lacuna e sistema no direito Maria Helena Diniz escreve que "O fenômeno da "lacuna" está correlacionado com o modo de conceber o sistema. Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência sem ser condicionada pela própria experiência, o problema da existência das lacunas ficaria resolvido, para alguns autores, de forma negativa, porque há uma regra que diz que "tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido", qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório nem proibido. Essa regra genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta; daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência, nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada, ganhando o caráter de ficção jurídica necessária. De uma forma sintética, poder-se-á dizer como Von Wright que "um sistema normativo é fechado quando toda ação está, deonticamente, nele determinada. Se se conceber o sistema como aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, contendo várias dimensões, não só normativa, como também fática e axiológica, aparecendo como um critério de avaliação, em que "os fatos e as situações jurídicas devem ser entendidas como um entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma a outra", temos um conjunto contínuo e ordenado que se abre numa desordem, numa descontinuidade, apresentando um "vazio", uma lacuna, por não conter uma solução expressa para determinado caso." Entre os defensores de um sistema fechado para o direito, a autora arrola Savigny, Karl Bergbohm, Brinz, Santi Romano, Zitelmann, Donatti, Kelsen, Carlos Cossio e F. Géný. A doutrina de Karl Engisch se situa na defesa da incompletude do ordenamento jurídico. (As Lacunas no Direito, 3.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pág. 28/29).

¹⁶ Lenio Luiz Streck defende a inexistência de lacunas técnicas. Para ele existem apenas lacunas axiológicas definidas por critérios hermenêuticos. (Hermenêutica Jurídica em Crise, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pág. 85).

¹⁷ De acordo com Karl Larenz "O termo "lacuna" faz referência a um caráter incompleto. Só se pode falar de "lacunas" de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado sector. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do Direito, que se suscitaram no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX. Mas mesmo quando se parte da idéia de uma ordem jurídica totalmente codificada, esta só contém "lacunas" enquanto a questão de que se trata é em absoluto suscetível e está necessitada de regulação jurídica." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 448/449).

¹⁸ Na indagação da existência da lacuna, José de Oliveira Ascensão afirma que "se há contradição entre soluções legais dadas a um determinado caso podemos ter uma lacuna de estatuição, dentro de uma das saídas possíveis da figura da interpretação ab-rogante, mas devemos imediatamente afirmar que há uma lacuna. O mesmo se passa se a lei impõe um fim, e falta o processo ou o órgão indispensáveis para a obtenção desse fim. Temos então a chamada "lacuna técnica", mas a determinação desta é independente de qualquer hipotética integração." (O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira, pág. 411).

situação de fato. A configuração da lacuna pode ocorrer a partir da relação entre as diversas normas componentes do ordenamento jurídico, independentemente da consideração dos elementos do caso concreto, ou pode, ao contrário, verificar-se no momento da aplicação de uma determinada norma. De maneira geral, a lacuna resulta do confronto entre os elementos da lei positiva e os da situação fática, no processo de concretização do direito. De uma forma ou de outra, o problema das lacunas não pode ser dissociado do processo de concretização.

A investigação do problema das lacunas é fundamental para situar a complexidade do processo de interpretação e de aplicação do direito confrontada com a natureza sistêmica do direito e, desse modo, viabilizar a construção de tutelas voltadas para assegurar a efetividade dos direitos.

Mesmo que admissível a existência de lacunas, verificáveis no confronto lógico-sistemático das diversas regras integrantes do ordenamento jurídico, a constatação da ausência de disposição legal específica ocorre no processo de aplicação do direito¹⁹, quando confrontada a

¹⁹ Sobre a aplicação H. G. Gadamer explica que "A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousava sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou da revelação - por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve

positividade da regra com os elementos componentes da situação de fato. A lacuna, desse modo, existe e é determinável pelo trabalho indispensável do intérprete, à luz dos elementos do caso concreto. A determinação e a existência da lacuna pressupõem, portanto, o reconhecimento do direito como sistema incompleto de normas²⁰.

A relação indissociável entre elementos normativos e elementos do caso concreto, no processo de identificação e determinação das lacunas, praticamente inviabiliza a formulação de uma metodologia capaz de, *a priori*, enfrentar o problema teórico das lacunas. A tensão entre norma e situação de fato de que resulta evidenciada a lacuna é irreduzível à forma do conceito. A particularidade e o caráter contingente dos elementos da situação de fato, envolvidos no processo de aplicação e interpretação do direito, dificultam a sustentação teórica de um conceito de lacuna.

concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 461).

²⁰ A respeito da relação entre lacunas e sistema jurídico Luiz Fernando Coelho afirma que a ideologia da racionalidade "cumpre o papel de ocultar as necessidades reais de soluções políticas para os problemas sem solução que a sociedade apresenta, e substituir a lacunariedade real do discurso normativo pela lacunariedade formal do sistema, a qual tende a ser inexoravelmente colmatada pelo próprio sistema." (Teoria Crítica do Direito, 2.ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 326).

A constatação e os contornos da lacuna, verificados no confronto entre a norma e a situação de fato, decorrem basicamente da metodologia interpretativa adotada pelo intérprete. Embora a formulação do conceito de lacuna tenha pouca viabilidade teórica, pode-se afirmar que a existência da lacuna depende da observância pelo intérprete de metodologia interpretativa compatível com a formulação e a resolução do problema das lacunas, na aplicação do direito. Uma metodologia interpretativa que, *a priori*, conceba o direito como sistema fechado de normas elimina a possibilidade teórica de enfrentamento do problema das lacunas. A relação entre a existência de lacunas e a metodologia interpretativa adotada pelo intérprete inviabiliza a formulação de um conceito de lacuna, mas possibilita ao intérprete estabelecer os contornos do que constitui a essência das lacunas, numa determinada situação concreta. O processo de constatação de lacunas, de todo modo, contempla uma certa indeterminabilidade teórica, na medida em que dependente de variáveis postas pela metodologia interpretativa adotada na aplicação do direito²¹.

²¹ A problemática das lacunas no direito, segundo Maria Helena Diniz, é uma questão sem saída. Diz ela que "sobre ela não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. Se levantarmos todas as concepções de sistema - dinâmico ou estático; aberto ou fechado; unitário ou composto de vários subconjuntos - devido à íntima conexão entre ele e a lacuna "teríamos um amontoado de opiniões incapaz de nos guiar no labirinto do problema", o que demonstra que a questão das lacunas continua aberta. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que se deve entender por lacuna, parece-nos que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, nem tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito

A abordagem mais eficaz do problema das lacunas está no reconhecimento do direito como sistema aberto ou incompleto de normas e princípios e na adoção de metodologia que reconheça que a tarefa de constatação e de eliminação das lacunas está inserida no processo de interpretação e de aplicação do direito. A existência e a solução de lacunas, dessa forma, depende do confronto entre elementos normativos e elementos da situação de fato, mediado pelo trabalho do intérprete.

A aceitação da existência de lacunas e da incompletude do sistema jurídico é compatível com a idéia de construção de tutelas concretas para a posse e o direito de propriedade, onde os valores da situação fática desempenham papel fundamental na concretização do direito materialmente justo.

Elaboraram-se várias classificações para distinguir tipos e espécies de lacunas²². A própria

simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, no nosso entender, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, uma vez que partem de critérios e premissas diversas. Contêm em si elementos valiosíssimos que não podem ser olvidados, pois todas as teorias que surgiram na história do direito, por maior que seja a controvérsia que porventura despertem em torno de si, trazem sua parcela para o patrimônio geral do conhecimento jurídico." (As Lacunas no Direito, pág. 119/120). Tércio Sampaio Ferraz Júnior também se refere a lacunosidade própria da pluridimensionalidade do direito que leva a soluções de um lado reducionistas e, de outro, ecléticas (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação, pág. 199).

²² Karl Larenz fala de lacunas normativas e de lacunas de regulação, de lacunas patentes e ocultas e ainda de lacunas iniciais e subseqüentes (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 452/460). Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz referência às mais importantes classificações de espécies de lacunas entre elas a de Zitelmann, que fala de lacunas autênticas e não-autênticas; de Engisch que trata de lacunas originárias e posteriores; de Klug e a idéia de lacunas técnicas (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 197/199). Maria Helena Diniz também arrola as diversas classificações propostas para as espécies de lacuna (As Lacunas no Direito, pag. 85/96).

variedade de classificações demonstra a dificuldade teórica de enfrentamento do problema das lacunas. Em função dos obstáculos que impedem a elaboração de uma teoria da existência, do modo de constatação e de eliminação das lacunas, optou-se pela formulação de classificações de tipos, graus, gêneros e espécies que objetivam conferir racionalidade ao problema das lacunas e a garantir certa uniformidade e controle no encaminhamento técnico de soluções. As classificações propostas, geralmente, têm como pressuposto fundamental a existência da lei positiva como elemento constituinte da juridicidade. A correlação entre a noção de sistema e o problema das lacunas na maioria dos casos não é determinante para a classificação dos tipos e espécies de lacunas. Posta em perspectiva a existência da lei positiva, é natural que as classificações tenham como resultado múltiplos tipos e espécies de lacunas. A técnica de classificação toma em consideração o caráter estático do ordenamento jurídico e negligencia a dinâmica decorrente da existência da situação de fato que reclama tutela.

Na perspectiva do processo de concretização do direito resulta evidente a inviabilidade teórica da formulação de uma classificação apriorística de tipos, gêneros ou espécies de lacunas. O trabalho interpretativo que

confronta a positividade da lei com a contingência dos elementos da situação de fato delimita a existência e a extensão das lacunas. A cada aplicação do direito as lacunas assumem uma determinada configuração demarcada pela situação fática que exige regulação. A variedade de lacunas identificadas no trabalho interpretativo não se amolda à classificação que, para ter validade metodológica, depende da existência de elementos que possam ser formalmente reconhecidos integrantes do objeto classificável.

As classificações propostas pelo pensamento jurídico tradicional permitem estabelecer apenas uma idéia aproximada dos elementos constituintes das lacunas. O que constitui a essência das lacunas, entretanto, não pode ser apreendido mediante classificações de tipos, espécies e gêneros, tendo como pressuposto a lei positiva. A generalidade das classificações ignora a relação indissociável entre fato e norma como pressuposto ineliminável para a existência das lacunas²³. Na aplicação do direito sempre surgem novos elementos que não foram alcançados pelo processo de positivação da norma. O fato da posse ou o da propriedade, por exemplo, não estão delimitados de forma definitiva na lei positiva. É natural que o

²³ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior o conceito de lacuna é um conceito relacional. Lacuna é uma inadequação de algo em relação a algo (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 199).

descompasso entre fato e norma surja para o intérprete, num primeiro momento, como uma espécie de lacuna que necessita ser eliminada para permitir a concretização do direito justo.

No trabalho de identificação da lacuna já está contida a solução técnica apropriada para eliminá-la²⁴. A demonstração da existência da lacuna coloca para o intérprete a necessidade de estabelecer os limites da ausência de norma para regular a situação de fato e, conseqüentemente, de identificar o modo de integração ou de eliminação da incompletude do sistema normativo. A extensão da lacuna é que determina o modo de integração²⁵. Dessa forma, a integração das lacunas não pode ser concebida como elemento distinto e, portanto, separável do trabalho de constatação e de demonstração da existência da lacuna. A integração está inserida no trabalho de interpretação que, a partir da constatação da existência das lacunas, enfrenta a necessária tarefa

²⁴ Maria Helena Diniz afirma que "Uma vez admitida a questão da existência das lacunas jurídicas, surge o problema de sua identificação, isto é, de sua constatação. Esta problemática abrange duas facetas: 1) a concernente ao ordenamento jurídico, que se caracteriza pelo fato de se saber em que limite a norma é omissa, ou seja, até que ponto ela não é aplicável sem um complemento, até que ponto, em caso de lacuna, se pode interpretar a lei e até que ponto se pode integrá-la; 2) a referente à dificuldade da determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como uma lacuna. De maneira que o problema se resume na definição de lacuna, na sua classificação, nos meios através dos quais o órgão jurisdicional completa as normas, nos limites dessa função integradora, no sentido de uma neutralização política do Judiciário." (As Lacunas no Direito, pág. 121).

²⁵ De acordo com Hans Kelsen "o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor oposto." (Teoria Pura do Direito, pág. 264).

de colmatá-las para restabelecer o pressuposto teórico da relativa completude do sistema de normas.

As técnicas de integração têm caráter normativo porque direcionadas para a eliminação de lacunas decorrentes da positividade da lei. O que não impede a utilização de regras de costume, da equidade e dos princípios gerais de direito para a colmatação de lacunas, naqueles casos em que a solução não pode ser alcançada através da analogia normativa. É necessário observar, entretanto, que os princípios de que se valem as técnicas de integração somente adquirem validade para a solução do problema das lacunas mediante autorização legal. Logo, perante as técnicas de integração concebidas pelo pensamento jurídico tradicional, a dimensão de valores da equidade e dos princípios gerais de direito permanece atrelada ao disposto na lei positiva.

No direito brasileiro, a integração das lacunas é disciplinada pela Lei de Introdução ao Código Civil²⁶ ²⁷. Cabe à lei indicar a fórmula a ser utilizada pelo intérprete para resolver o problema das lacunas. A disciplina legal objetiva assegurar a completude do sistema jurídico que, mesmo quando

²⁶ Lei n.º 4657, de 04 de Setembro de 1942. O artigo 4.º da referida lei dispõe que "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." O artigo 127, do Código de Processo Civil Brasileiro reforça a disciplina legal da integração ao dispor que "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei."

confrontado com a ausência de norma para regular a situação de fato, tenta fornecer ao intérprete os meios para a resolução do problema evitando soluções heterodoxas que possam contrariar o princípio da segurança e certeza jurídica. O intérprete permanece atrelado à positividade da lei de modo a preservar a regularidade formal do resultado da interpretação²⁸ e o pressuposto de completude do sistema jurídico.

A analogia, os costumes e os princípios gerais de direito são os meios indicados pela lei positiva para a solução do problema das lacunas. O pensamento jurídico tradicional costuma classificar o processo de integração de lacunas em duas espécies caracterizadas pelo fato de o intérprete, por um lado, utilizar-se de disposições normativas integrantes do próprio ordenamento jurídico para solucionar o problema das lacunas e de, por outro, fazê-lo valendo-se de elementos não contemplados na lei

²⁷ Maria Helena Diniz cita os códigos civis suíço, uruguaio, português, espanhol, argentino, italiano, entre outros, que contêm disposições indicando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito como meios de integração de lacunas (As Lacunas no Direito, pág. 137/139).

²⁸ Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que, "na verdade, a questão da lacuna e dos limites à integração é uma espécie de invenção do pensamento dogmático que permite, de um modo controlado, a decidibilidade de conflitos não regulados de forma positivada. O direito positivado pressupõe uma tendência em estreitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete. Ora, o conceito dogmático de lacuna, dos meios de integração e dos seus limites confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extra-positivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis. Ou seja, o conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio. Ele funciona como uma regra permissiva, doutrinária, que autoriza o intérprete a se valer dos meios de integração nos limites que a própria doutrina parece reconhecer, mas na verdade estabelece: em caso de lacuna pode o intérprete... Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é na realidade, uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extra-positivos, como os ideais de justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase-formais. Ou seja, embora o conceito designe falta, ele oculta a superabundância de normas, assegurando-se, destarte, um dos princípios caracterizadores do legislador racional: a omnicomprensividade." (Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação, pág. 279/280).

positiva, de forma expressa. Assim, ocorreria a auto-integração quando o intérprete elimina a lacuna através de técnica analógica, baseado em leis positivas aplicáveis a situações fáticas aparentemente semelhantes. Quando o intérprete recorre aos costumes, a equidade e aos princípios gerais de direito verifica-se a heterointegração. A lacuna será eliminada pela utilização de elementos de caráter normativo, embora não diretamente integrantes do ordenamento jurídico positivo. A classificação das espécies de integração decorre da concepção de completude do sistema jurídico e se articula através da separação radical entre a lei positiva, como elemento de resolução das lacunas, de um lado, e os costumes, a equidade e os princípios gerais de direito, de outro. A rigor, a equidade, os princípios gerais de direito e os costumes não devem ser considerados elementos estranhos ao ordenamento jurídico porque a sua utilização na resolução do problema das lacunas depende de autorização legal²⁹. Com isso, resulta que a classificação da forma de resolução do problema de lacunas entre auto-integração analógica e heterointegração tem caráter formal-positivista e de

²⁹ Tércio Sampaio Ferraz Junior, que faz a distinção entre instrumentos de integração quase-lógicos e institucionais, ressalta que, se o próprio ordenamento contém previsão de meios para solução dos problemas das lacunas, eles adquirem o estatuto de normas do sistema ficando sem sentido a discussão em torno da existência das lacunas e de seu preenchimento. (Introdução ao Estudo do direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 273).

defesa da premissa metodológica de completude do sistema jurídico³⁰.

Se o que se procura preservar é o primado da completude do sistema jurídico, é natural que a analogia seja indicada como o meio de colmatação de lacunas que o intérprete deve fazer uso imediato, logo que constatada a ausência de normas para regular a situação de fato e, sempre que possível, antes mesmo da utilização dos costumes, da equidade e dos princípios gerais de direito. A auto-integração analógica prefere à heterointegração³¹.

A analogia consiste na utilização pelo intérprete, diante da constatação de ausência de norma reguladora específica, de uma regra positiva que contenha elementos reconhecidos válidos para regular a situação de fato. O processo analógico, portanto, fundamenta-se no princípio de igualdade e na idéia de similitude. O que é semelhante deve merecer tratamento interpretativo igualitário para assegurar a uniformidade e a previsibilidade das decisões jurídicas.

³⁰ Conforme adverte Karl Larenz, "A concordância interna, quer dizer, valorativa das normas jurídicas e dos complexos de regulação é uma tarefa que constantemente se depara ao legislador, à jurisprudência e à ciência do Direito e que, de novo, há que superar. O sistema "interno", tal como o imagina a desejável unidade da ordem jurídica, não é, como mais adiante se há-de expor, uma sistema "fechado", mas um sistema "aberto", que nunca está concluído, mas que é susceptível de evolução e está sujeito a evolução." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 456).

³¹ Na enumeração feita pelo artigo 4.º, da Lei 4657/1942, a analogia precede os costumes e os princípios gerais de direito a indicar que o intérprete deve utilizar a auto-integração analógica antes de buscar eliminar as lacunas por meio de regras de costume, de equidade ou dos princípios gerais de direito.

Diferentemente do que pressupõe o pensamento formalista, o juízo de comparação analógica é em essência valorativo e, desta forma, não permite estabelecer *a priori*, e com exatidão, a profundidade e a extensão de semelhança a serem observados pelo intérprete. A relação de semelhança, a exemplo do que acontece com a identificação da lacuna, somente pode ser estabelecida na perspectiva do caso concreto. A comparação analógica é medida valorativa derivada da relação necessária entre elementos da lei positiva e da situação de fato. A analogia coloca em evidência a importância dos valores da situação fática para o processo de aplicação do direito³². São estes valores que determinam os contornos das tutelas necessárias a proteção efetiva dos direitos.

O pensamento jurídico tradicional faz distinção entre o que denomina de analogia da lei e analogia de direito. No primeiro caso, o processo analógico envolve normas positivas consideradas de forma isolada. No segundo, a relação de semelhança deriva de várias normas positivas, consideradas em conjunto, como se todo o ordenamento jurídico fosse chamado a regular a situação concreta. Na analogia de

³² A relação analógica contém elementos que possibilitam uma prática interpretativa criadora de direitos. Esta possibilidade pode ser útil para revitalizar o papel do processo na concretização da posse e do direito de propriedade, à luz dos princípios e direitos fundamentais tutelados na Constituição Brasileira de 1988. (Ver Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora Ltda, Tomo II, 1983, pág. 220).

direito aparece nítida a importância da noção de sistema no processo de auto-integração, embora negligenciada em favor de uma visão fragmentária do direito que privilegia a positividade da lei como elemento essencial à constituição do fenômeno jurídico.

À medida que a auto-integração analógica não se mostra suficiente para eliminar a lacuna, o intérprete está autorizado pelo ordenamento jurídico a utilizar o costume, a equidade e os princípios gerais do direito para a solução do problema e para restabelecer o primado da completude do sistema.

A utilização de regra de costume na colmatação de lacunas assume função complementar à disposição legal positiva³³. A regra de costume para ser admitida como meio de colmatação de lacunas deve em essência equiparar-se à lei positiva, exceto no que diz respeito a positividade mesma. A exemplo da lei positiva, é necessário que o costume seja uniforme no tempo e de observação genérica. O reconhecimento da regra de costume ocorre no plano da lei positiva e não no do mundo dos fatos onde, a princípio, se constitui o costume. Somente da perspectiva da positividade do ordenamento torna-se possível reconhecer o que no costume adquiriu obrigatoriedade equiparável à da

³³ Conforme ressalta Carlos Maximiliano, o costume somente é utilizado quando a lei manda fazê-lo (*secundum legem*), ou quando possa substituir a lei no preenchimento de lacunas (*praeter legem*), sem entretanto revogá-la (*contra legem*), porque, no caso do ordenamento jurídico brasileiro a lei só se revoga, ou é derogada por outra lei. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 191).

própria lei positiva ou o que é mera expressão folclórica sem importância para o direito. A lei é a medida da regra de costume³⁴ o que, inevitavelmente, confere ao costume positividade estranha à espontaneidade característica do mundo fático. Para recuperar a força valorativa do costume é essencial reconhecê-lo fenômeno do mundo dos fatos. O fato da posse, inclusive, guarda certo paralelismo com a idéia de costume porque pressupõe a apropriação fática da coisa ao longo do tempo. A admissão do caráter fático do costume facilita a compreensão do fato da posse essencial para a tarefa de construção de tutelas possessórias.

Do mesmo modo que o costume, a utilização da equidade pelo intérprete na eliminação de lacunas está condicionada à autorização legal. A equidade está relacionada à idéia de decisão justa para a situação de fato obtida através de modulação feita pelo intérprete dos efeitos da lei positiva³⁵. O critério de equidade na aplicação da lei pressupõe a definição de um ideal de justiça que deve ser

³⁴ Para Tércio Sampaio Ferraz Junior "A imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4.º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta. Em princípio, o costume será *praeter legem* ou prevalece a lei. Com isso é possível argumentar que também a analogia e a indução amplificadora (e, certamente, a interpretação extensiva, caso a admitamos como meio de integração), por tomarem por base a lei, precedem, em hierarquia, o costume. Aliás, o art. 108, do Código Tributário Nacional impõe expressamente a utilização hierarquizada dos instrumentos referidos." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 276).

³⁵ Ao se referir ao pensamento de Aristóteles sobre a equidade Luis Recaséns Siches diz que "la naturaleza de lo equitativo consiste en ser una corrección de la ley positiva, cuando la formulación de ésta resulta defectuosa por causa de su universalidad." (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Fondo de Cultura Económica, pág. 254).

perseguido pelo direito. A idéia de equidade deve permitir ao intérprete formular a decisão justa para regular a situação de fato. Para os romanos, a equidade era critério imanente ao próprio ordenamento jurídico destinado a regular a aplicação do direito. A equidade permitia adaptar o direito à situação de fato e, desse modo, evitar a decisão injusta. A influência do cristianismo transformou a idéia de equidade para considerá-la critério de correção da lei, externo ao sistema normativo³⁶.

A concepção de justiça que o direito encerra é a medida da equidade. Na modernidade, a noção de justiça do direito restringiu-se à esfera da lei positiva. Reservou-se à lei o poder de estabelecer os limites e as possibilidades da equidade. Na

³⁶ De acordo com Ovídio A. Baptista da Silva "Inúmeras, e ao mesmo tempo decisivas, foram as transformações sofridas pelos valores do direito romano clássico, na formação do direito comum medieval. Tomemos, para exemplo, o que ocorreu com o conceito de *aequitas*. O genuíno conceito de *aequitas*, para o direito romano clássico, correspondia a um valor por assim dizer imanente ao sistema jurídico, como critério intrínseco ao sistema. Certamente poderia dar-se que uma determinada norma fosse considerada iníqua. Todavia, sê-lo-ia por discrepar do próprio sistema jurídico, compreendido em seu sentido global: "...Cicerone stesso può definire lo ius civile come "*aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt*" (Topica, 4, 23). Così dunque, la classica *aequitas* era stata, genuinamente, qualcosa di intrínseco al sistema stesso del diritto positivo (*ius*) e non fuori o sopra di questo: quindi, un'antitesi fra *ius* ed *aequitas* era stata, sí, concepibile, ma solo come una discrepanza fra una singola norma del sistema e tutto il sistema. Ma da questo concetto classico è già lontana l'*aequitas* dei testi giustiniani, la quale invece rappresenta un ideale principio di giustizia umana, fatto dunque di elementi giuridici e non giuridici, che è sopra dello *ius*, e verso di cui lo *ius* deve tendere: un'antitesi fra *ius* e questo nuovo concetto di *aequitas* ha ormai ben altra portata da quella che il diritto classico aveva sentita, poichè la norma iniqua è ritenuta come tale in base a un criterio di valutazione che è tratto non dallo stesso sistema positivo al quale essa appartiene, ma da un mondo ideale..." (Calasso, Medio Evo de diritto, cit., p. 332). O conceito romano de *aequitas* transforma-se nas compilações de Justiniano para significar *humanitas*, benignidade e, em última análise, *pietas* cristã (Calasso, p. 333). Como diz o romanista, em outro estudo dedicado ao estudo do tema, o conceito romano de *aequitas* "cede clamorosamente alle suggestioni di una nuova concezione dello *ius naturale* inteso como divina *quadam providentia constitutum*: non è più un principio che opera dentro il diritto positivo, ma lo trascende" (Equità - Premessa storica, in *Storicità del diritto*, 1966, p. 369). A *aequitas canonica*, como diz Hans Hattenhauer (*Conceptos fundamentales del derecho civil*, ed. Alemã de 1982, Barcelona, 1987, p. 196), tem o sentido de misericórdia, colocando-se não dentro do direito estrito, e sim como critério extralegal de

perspectiva do positivismo jurídico, portanto, o que o critério de equidade deve exprimir é uma concepção de justiça ideal, abstrata, de natureza puramente formal. A idéia de justiça contida no princípio de equidade é algo externo ao direito que somente pode ser invocado para colmatar lacunas, dentro dos limites estabelecidos pela lei positiva³⁷. Abstraída a função restrita emprestada pelo positivismo jurídico, pode-se afirmar que a equidade contém a idéia básica de justiça material que pode conduzir à construção de tutelas afinadas com o princípio de efetividade material dos direitos, particularmente da posse e do direito de propriedade.

Enquanto a equidade está associada a uma concepção de justiça perseguida pelo direito, os princípios gerais de direito condensam valores integrados à ordem jurídica. Não se trata de reconhecer a força normativa dos princípios porque, para a resolução do problema das lacunas, na perspectiva formalista, ainda permanece essencial assegurar a sistematização do ordenamento jurídico, fundada na lei positiva e no pressuposto de completude do sistema de normas. Não é função dos princípios gerais de direito

correção da lei." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1996, pag. 96/97).

³⁷ No caso do Código Civil Brasileiro de 1916 os artigos 971, 1002, 1060, 1300 e 1543, entre outros, autorizam a utilização de critério de equidade.

disciplinar condutas³⁸. Cabe-lhes apenas a tarefa de garantir a completude do sistema de normas na ausência de lei positiva aplicável a uma determinada situação fática.

Os princípios gerais de direito não devem expressar valores colidentes com os da lei positiva. Para compatibilizar a utilização dos princípios gerais de direito com a existência da lei positiva, é necessário conceber os princípios dotados de caráter formal e abstrato, à maneira do critério de equidade, sem qualquer relação com os valores integrantes da situação de fato.

Embora concebidos como valores intrínsecos ao ordenamento jurídico, no caso do direito brasileiro, o artigo 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil³⁹, contém disposição expressa de princípios gerais de aplicação do direito. Diz a lei que "*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*" Trata-se de disposição legal orientadora do intérprete em relação aos fins da interpretação. A interpretação da lei deve orientar-se pelo menos por dois princípios gerais, o da consideração dos fins sociais a que lei se

³⁸ José de Oliveira Ascensão reconhece que "*se queremos abranger nos princípios gerais os casos que se não deixam integrar nas regras, legais ou naturais, vigentes, esses princípios gerais do direito têm de ser concebidos, não como princípios materiais ou normas, mas como princípios formais. Assim, não determinam directamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar condutas.*" (O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-brasileira, pág. 437).

dirige e o de atender às exigências do bem comum. Fins sociais e bem comum são valores determinantes da interpretação e da aplicação do direito no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰.

A tutela concreta da posse e da propriedade, desta forma, voltada para assegurar efetividade à posse e ao direito de propriedade não pode deixar de levar em conta a configuração da realidade socio-econômica brasileira e o atendimento dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum. A regra do artigo 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, é diretriz material que obriga o intérprete a observá-la no processo de concretização do direito. Não deixa, contudo, de integrar a categoria dos princípios gerais de direito, posto que aplicável à totalidade do ordenamento jurídico.

De maneira geral, os princípios gerais de direito mantêm ligação valorativa estreita com as normas e princípios constitucionais que constituem o fundamento da ordem jurídica e assumem importância decisiva na delimitação do alcance do princípio constitucional da função social da propriedade ou do direito social à moradia, essenciais

³⁹ Lei n.º 4657, de 4 de Setembro de 1942.

⁴⁰ Para José de Oliveira Ascensão bem comum é o bem da comunidade e simultaneamente o bem das pessoas que dela participam enquanto que a consideração do fins sociais, para ele, está em considerar que toda a lei se destina a trazer uma vantagem social. (O Direito - Introdução e Teoria Geral - Um Perspectiva Luso-brasileira, pág. 387).

para a tutela concreta da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira.

Seção 3

Técnica de Subsunção

Em sentido estrito, a aplicação do direito ocorre quando o trabalho interpretativo submete a situação de fato à incidência da norma integrante do ordenamento jurídico. A técnica de subsunção trata deste enquadramento entre a situação de fato e a hipótese normativa.

Para a concepção formalista do direito a subsunção ocorre através de um silogismo⁴¹ constituído por uma premissa maior, que é a regra jurídica, e por uma premissa menor, no caso a situação de fato, e que se resolve na conclusão, que é a

⁴¹ Na investigação histórica do papel do silogismo na aplicação do direito Luis Recaséns Siches escreve que "Los postulados de la Escuela Exegética sirven de base para aquella doctrina tan simplista que consideraba que la función judicial, reflejada en el texto de la sentencia, consiste en el ejercicio de un silogismo. Esa teoría tan crasamente ingenua, o mejor se podría decir tan ciega para ver la auténtica esencia y la efectiva realidad de la función judicial, suponía que para cada caso controvertido que pudiese surgir había una regla fija y cierta contenida en la ley; suponía, además, que todo caso es claro y carece de cualquier ambigüedad. Entonces, se creía simplistamente que la función del juez quedaba reducida a formular un silogismo: subsumía los hechos del caso planteado (premisa menor) bajo los preceptos legislativos (premisa mayor), y procedía luego a fallar (extrayendo la consecuencia o conclusión). De esta suerte, el juez aparecía poco más o menos como una especie de máquina automática con dos ranuras: se introducía en una de ellas la constatación de los hechos, la cual se creía desde luego que coincidía exactamente con la figura de unos hechos previstos por la ley; y se introducía en otra ranura las normas legislativas pertinentes; entonces se apretaba un botón o se daba vuelta a una manivela, y la máquina soltaba el fallo. Aunque no se llegó al extremo de decirlo así por parte de los fetichistas de la exégesis y del razonamiento deductivo de tipo físico-matemático, en el fondo creían que el juez ideal habría sido el que más se asemejase a un mecanismo automático de esta índole. Si aquellos juristas del siglo XIX hubiesen vivido a mediados del siglo XX, se habrían sentido terriblemente decepcionados al ver que, mientras que se han inventado máquinas prodigiosas que realizan maravillosamente y de modo muy rápido, y con plena exactitud, cálculos matemáticos complicadísimos, nadie ha pensado en fabricar una máquina que sustituya a los jueces

constatação do enquadramento entre norma e situação de fato. A conclusão resulta no reconhecimento de que, para aquela situação de fato determinada, é aplicável a norma que constitui a premissa maior⁴².

O silogismo retrata o momento específico em que ocorre a aplicação da regra, quando já estão determinadas de forma objetiva as premissas que permitem firmar a síntese conclusiva. A determinação das premissas, principalmente da premissa maior, escapa à equação lógica do silogismo próprio da técnica de subsunção porque ela ignora o problema da interpretação. Existem autores que diferenciam interpretação e aplicação para reconhecer a subsunção como procedimento específico da aplicação do direito⁴³.

A subsunção é operação de lógica formal que tenta demonstrar a incidência da norma, no caso a premissa maior, em relação à premissa menor, que

de carne y hueso en la función de administrar justicia." (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, pág. 193/194).

⁴² Karl Larenz escreve que "Sempre que a previsão *P* está realizada numa situação de facto concreta *S*, vale para *S* a consequência jurídica *C*. A previsão *P*, conformada em termos gerais, realiza-se numa determinada situação de facto quando *S*, do ponto de vista lógico, é um caso de *P*. Para saber que consequência jurídica vigora para uma situação de facto - cuja procedência me é sempre dada - tenho, portanto, que examinar se esta situação de facto é de subordinar, como "caso", a uma determinada previsão legal. Se assim for, a consequência jurídica resulta de um silogismo que tem a seguinte forma: Se *P* se realiza numa situação de facto, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica *C* (premissa maior). Esta determinada situação de facto *S* realiza *P*, quer dizer, é um "caso" de *P* (premissa menor). Para *S* vigora *C* (conclusão). Este silogismo, sem a formulação hipotética da premissa maior, portanto de modo mais abreviado, pode ser também assim expresso: *P* - *C* (quer dizer, para todo o caso de *P*, vale *C*); *S* = *P* (*S* é um caso de *P*); *S* - *C* (Para *S* vigora *C*). Denomino esta figura lógica de "silogismo de determinação da consequência jurídica". Nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de facto concreta, como um "caso", à previsão da proposição jurídica. A conclusão afirma que para esta situação de facto vale a consequência jurídica mencionada na proposição jurídica." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 324/325).

⁴³ De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior, a aplicação não pode ser confundida com a interpretação, embora a aplicação decorra do processo interpretativo (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, pág. 288).

é a situação de fato. Pontes de Miranda separa no tempo a aplicação e a incidência. Ele parte do princípio de que o direito material antecede o processo. Para ele a lógica que disciplina o mundo jurídico produz no próprio ordenamento jurídico a solução para a situação de fato, no instante em que configurados na realidade concreta os elementos do suporte fático da norma⁴⁴. O trabalho do intérprete se resume a descobrir no ordenamento a norma que produziu a incidência e fazer a aplicação. Todo este procedimento de aplicação do direito mediado pela lógica exige do intérprete a identificação do instante em que a incidência está configurada e o momento a partir do qual está autorizada a aplicação propriamente dita. Para a viabilidade teórica desta premissa foi necessário, a princípio, separar direito e processo, posto que, conforme escreve Pontes de Miranda, o processo é a parte do direito mais rente ao mundo da vida e, portanto, o que mais sofre os influxos da realidade concreta que resiste à forma estática do conceito⁴⁵.

A concepção formalista, possibilitada pelo racionalismo, facilitou a aceitação do silogismo como técnica apta a explicar o processo de

⁴⁴ Ver Tratado das Ações, Rio de Janeiro, Editora Revista do Tribunais, Tomo I, 1970, pág. 04.

⁴⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e Jurisdição na Aplicação do Direito, UFPR, Dissertação de Mestrado, 1998, pág. 187.

aplicação do direito⁴⁶. Admitida a existência de uma ordem normativa de conteúdo abstrato, sem relação com os valores da realidade fática, está viabilizada a aplicação do direito através de silogismos que reduzem o momento da aplicação a uma operação lógica, aparentemente infensa a valores.

Ao escamotear as escolhas do intérprete, o silogismo reforça a pretensão de verdade científica do direito e negligencia a precariedade do juízo valorativo inerente ao fenômeno jurídico.

Não é viável, porém, reconhecer que a tutela efetiva da posse e da propriedade possa esgotar-se na equação lógica do silogismo, sem levar em conta a dinâmica dos valores da realidade social e histórica. A racionalidade formalista que sustenta a premissa do silogismo objetiva alcançar uma pretensa verdade científica no direito, a partir da concepção da norma jurídica como entidade abstrata, sem relação com o mundo dos fatos. O silogismo tenta oferecer uma explicação lógica e ideal da juridicidade.

A separação entre interpretação e aplicação está igualmente sustentada nos pressupostos

⁴⁶ Para Ricardo Orestano "Ontologismo e logica classificatória hanno in tal modo finito per improntare di sé lo svolgimento del pensiero nella tradizione europea, assumendovi un ruolo determinante nella formazione del concetto stesso di "scienza"... "Fato si è che da quando i giuristi hanno potuto impiegare espressioni come "il diritto soggettivo", "il contratto", "l'obbligazione", "il diritto reale", "l'azione" e via dicendo, il mondo del diritto si è popolato di entificazioni ancor più numerose e ancor più impegnate sul piano dell'astrazione di quante non ne avessero create due millenni di speculazione giuridica, con le sue costruzioni in genera e species e con la ricerca della loro essenza, nonché con in suoi procedimenti di riduzione

de uma racionalidade formal para o direito. Interpretação e aplicação, todavia, são indissociáveis porque condicionadas mútua e dialeticamente pelos valores que impulsionam o trabalho interpretativo. A aplicação não constitui momento único, isolado do complexo de valores em que baseado o trabalho do intérprete. É inegável que o processo de concretização influencia a configuração material dos direitos, de forma que não é possível conceber a tutela da posse e do direito de propriedade sem levar em conta a presença do intérprete e o trabalho de interpretação. A aplicação condiciona e é condicionada pela interpretação. Tomá-la como ato próprio, sem ligação com a interpretação, significa em última análise inverter os termos da questão para admitir que a aplicação já está pressuposta pelo intérprete antes mesmo do início do trabalho interpretativo, que viria apenas legitimá-la⁴⁷.

dell'esperienza a ontologia." (Azione, in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, vol IV, pág. 814).

⁴⁷ Conforme enfatiza Luiz Fernando Coelho "À subsunção jurídica, embora se possa conceder que a ela se reduza o ato decisional, ao menos na sua forma, escapa o fato de que a escolha das premissas não corresponde o mais das vezes a outras subsunções. O enunciado deontico ou indicativo da lei, resultado da interpretação jurídica, é ato muito mais complexo do que a decisão em si, o mesmo se podendo dizer dos enunciados indicativos das situações sub judice, em cujo processo de elaboração intervêm fatores volitivos e irracionais. Finalmente, o próprio silogismo judicial como um todo pode significar que a decisão concreta é anterior a todo raciocínio analítico, isto é, o enunciado das premissas é somente um apoio lógico-formal que o próprio juiz elabora para fundamentar a posteriori a decisão que ele já tomara: destarte, ao invés de a subsunção traduzir a interpretação do caso concreto à luz da lei, o que pode ocorrer é um processo inverso, a interpretação da lei ser feita à luz do entendimento que o juiz tem a priori do caso concreto, embora tal entendimento possa até ser inconsciente. Este é na verdade o núcleo do problema da interpretação do direito." (Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, 1991, pág. 148).

Deve-se atentar para o fato de que, ao contrário do que parece ocorrer na esfera operacional do silogismo, não é a norma jurídica, no caso a premissa maior, que determina a congruência com situação de fato, a premissa menor. Os próprios fatos já se mostram para o intérprete juridicamente determinados. Somente são fatos sujeitos à incidência da norma porque concebidos como fatos antes de mais nada jurídicos ou juridicizáveis⁴⁸. A norma não determina a aplicação. O que é determinante na aplicação do direito é a relação dialética e valorativa entre norma e fato, que não se enquadra no esquema lógico do silogismo, embora o silogismo, de per si, possa ser útil e prático para a demonstração da síntese conclusiva envolvida no processo de concretização.

Interpretação e aplicação estão interligadas pelo liame de valores que permeia o processo interpretativo e que é irreduzível a qualquer formulação lógica semelhante a das ciências

⁴⁸ Luis Recaséns Siches adverte que, "en primer lugar, es necesario determinar cuál es la norma aplicable al caso particular planteado. Pero este punto, que a primera vista parece ser el primero que debe establecerse, sin embargo, no es algo independiente del punto que prodríamos creer que debe ser el segundo, la constatación del hecho y su calificación jurídica. En contra de lo que puede parecer en una consideración superficial, cuando nos percatamos de la auténtica realidad del juicio que lleva a la sentencia, advertimos que hay una interrelación simultánea e indisoluble entre esos dos puntos, entre la constatación del hecho incluyendo su calificación jurídica y el hallazgo o determinación de la norma aplicable. Los llamados hechos jurídicos no son hechos desnudos, hechos en bruto, tal y como efectivamente se dan en la realidad, sino que son hechos vestidos jurídicamente. No son puras realidades en rama, sino que son hechos calificados jurídicamente, hechos vistos a través de las dimensiones que en ellos puedan ser relevantes para el Derecho, hechos envainados en consideraciones jurídicas. Por consiguiente, no se puede determinar primero la norma aplicable a unos hechos, si antes no se ha calificado en alguna medida esos hechos desde el punto de vista jurídico. Y no se puede calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no tenemos a la vista el enfoque de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general." (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, pág. 207).

matemáticas. A tentativa de reduzir o processo de aplicação do direito à operação lógica que o silogismo expressa oculta o trabalho do intérprete na busca do sentido justo da norma. Ao mesmo tempo, sustenta a proposta teórica de um sistema de normas neutro, infenso a valores e à contingência da realidade concreta, operado por um intérprete imparcial, imune a qualquer forma de subjetivismo, mas capaz de exprimir a subjetividade universal e universalizante do individualismo defendido pelo liberalismo econômico⁴⁹.

O silogismo desempenha o papel de equação que objetiva demonstrar a existência de uma verdade inquestionável no direito, sustentada pelo princípio de segurança jurídica e pelos valores políticos e ideológicos de um Estado e de uma tecnologia pretensamente neutros.

O Estado moderno assumiu o objetivo de manter a paz social através do direito o que significou conferir certa racionalidade às decisões judiciais e a assegurar a previsibilidade da

⁴⁹ Para Leibniz, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, "assim como na matemática, também as verdades da metafísica, da moral e da "ciência natural do direito", podem ter a mesma clareza e poderão ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático. Com efeito, escreve o filósofo, em um de seu mais célebres ensaios: "Si algún no pudiera suponer al calcular esas dos máximas geométricas que el cuadrado de la hipotenusa es igual a los dos cuadrados del ángulo recto, y que los lados correspondientes de los triángulos semejantes son proporcionales, imaginando que, al tener la demostración de estos dos teoremas por la relación de las ideas que encierran, podría prescindir de ellos, poniendo en su lugar las ideas mismas, se encontraría muy alejado de su fin. Más para que no creáis, señor, que el buen uso de las máximas está encerrado en los límites de las ciencias matemáticas solamente, veréis cómo no es menor en la jurisprudencia; y uno de los principales medios de hacerla más fácil y de abarcar su vasto océano, como en un mapa geográfico, es reducir una gran cantidad de determinaciones particulares a principios más generales." (Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano, 1704, México, 1976, Liv. IV, Cap. VII, § 19)." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 124).

interpretação jurídica. Buscou-se obter a segurança e a previsibilidade no direito através da formulação de conceitos jurídicos cada vez mais abstratos, sujeitos a um trabalho interpretativo neutro em relação a valores, restrito a declarar a regra positiva aplicável a determinada situação fática. Para esta função declarativa do trabalho interpretativo o silogismo desempenha papel fundamental porque permite escamotear escolhas, preferências e valores eleitos pelo intérprete para sustentar a racionalidade interpretativa. A aplicação surge desse modo como ato lógico de descoberta da verdade, passível de demonstração por qualquer sujeito intérprete que se disponha a fazê-lo⁵⁰. A natureza divina do direito natural é substituída pela de direito racional,

⁵⁰ Ovídio A. Baptista da Silva afirma que a "a busca de certeza do direito, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o Ancien Régime, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um sistema burocrático de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto especialmente dos órgãos do Governo (Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, 1982, p. 99). Sobre este conjunto de circunstâncias e as decorrentes conseqüências da doutrina da separação de poderes, como fatores determinantes da distinção entre a função judicial, atribuída aos magistrados da common law e os juízes do direito continental europeu, são oportunas estas observações de Merryman: "En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el *judex romano*. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vió influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovibilidad del juez civilista es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial" (p. 71). "El servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un servidor público; la función judicial es estrecha, mecánica y falta de creatividad" (p. 72). Como se sabe, o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia a pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão de poderes (Karl Engisch *La Idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, 2.ª e.

científico e lógico. A substituição, todavia, não alterou o fundamento transcendente do direito.

Os fundamentos de verdade, de certeza e de segurança que o silogismo tenta demonstrar e assegurar não resistem a uma investigação detida. Os critérios de verdade, certeza e segurança não são compatíveis com a idéia de neutralidade axiológica. A própria neutralidade em relação a valores, assim como certeza, segurança e verdade constituem tomada de posição valorativa perante o fenômeno jurídico.

Ao ignorar a importância dos valores na constituição do direito, a técnica de subsunção apoiada no silogismo, considerada de forma isolada, não esgota as possibilidades de tutelas para a posse e para a propriedade.

Em função dos limites que lhes são próprios, a técnica de subsunção, baseada no silogismo, tem relevância apenas quando reconhecida elemento inserido no processo amplo de concretização do direito⁵¹.

alemã, 1968, trad. Espanhola do mesmo ano, p. 179)." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pag. 103/104).

⁵¹ Neste sentido têm razão Carlos E. Alchourron e Eugenio Bulygin quando afirmam que "aunque algunas veces haya que tomar decisiones para establecer las premisas de un razonamiento tal, esto no impide que el razonamiento que lleva de las premisas a la conclusión sea reconstruído como una inferencia deductiva. Este problema nada tiene que ver con el derecho y con el razonamiento jurídico, pues es una característica de toda lógica aplicada." (Análisis Lógico y Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 309).

Capítulo II

A Abordagem Hermenêutica do Direito

Seção 4

Racionalismo, Racionalidade e Sistematização do Direito

Esclarecidos os pressupostos do pensamento jurídico tradicional a respeito da interpretação, preocupado com os efeitos da positividade da lei e a coesão interna dos institutos no sistema jurídico, inverte-se dialeticamente a perspectiva para tratar da concepção hermenêutica do direito. Introduce-se nesta altura um ponto de vista externo ao ordenamento jurídico. A construção de tutelas para a posse e o direito de propriedade passa pela compreensão do modo como concebido o direito pelos juristas na história e dos reflexos das várias concepções juscientíficas no grau de efetividade material dos direitos e no desenvolvimento sócio-econômico dos povos. Daí a necessidade de tratar das diversas racionalidades em torno do direito e da repercussão que produzem na teoria e na prática interpretativa, em especial na disciplina jurídica da posse e do direito de propriedade.

A mudança de ângulo de análise permite reunir elementos para situar metodologicamente o papel da hermenêutica filosófica no campo do direito e na construção de tutelas concretas para a posse e o direito de propriedade. O que está em discussão agora não são apenas os efeitos de determinada técnica interpretativa na esfera da positividade da lei, mas o modo como estruturado o fundamento teórico e prático do fenômeno jurídico. A inversão de perspectiva, de per si, já evidencia os limites colocados para a sustentação teórica de uma metodologia da interpretação apoiada na lógica formal e nas premissas do positivismo jurídico, capaz de propiciar a elaboração de tutelas voltadas para assegurar a efetividade dos direitos.

A recepção do direito romano na Idade Média ocorreu sob a influência da Igreja que promoveu a adaptação dos institutos jurídicos romanos aos valores cristãos^{1 2}. O cristianismo concebeu para o

¹ Ovídio A. Baptista da Silva assinala que "o que há de interessante nessa revolução silenciosa, operada no direito romano, é que, como mostra Solmi, em passagem extremamente percuciente, o espírito cristão não rejeita e muito menos repudia os textos romanos e as lições de seus juristas pagãos, limitando-se a servir-se deles como fermento, como simples elemento catalisador, para essa transformação. Os textos passam a ser iluminados por outra luz, embora permaneçam inalterados, ou apenas parcialmente modificados, de modo a harmonizá-los com os princípios e valores religiosos: "La religione cristiana, organizzata in una forte istituzione, la Chiesa, pretende, in nome della fede e della morale, di abbracciar tuto l'uomo, nè conosce limiti alla sua azione, che giudica necessaria alla salvezza umana. Il cristianismo è la sola fede rivelata; la Chiesa è la sola societas perfecta, che possiede tute le verità e che insegna all'uomo la via del bene. Anche il diritto deve essere informato alle regole della fede e della istituzione religiosa divinamente fondante; ma però, sul principio, la Chiesa agisce più come fermento, che modifica e piega l'assetto del diritto, che come vera imposizione di un diverso ordinamento giuridico. Tuttavia, già al IV secolo, essa ha un vero corpo di diritto da contrapporre quasi al diritto romano; e questo corpo è in continuo aumento, e guadagna ogni giorno elementi e fortuna. La Chiesa evita di parlare di jus, perchè il jus è opera e privilegio di Roma; parla de canones, di statuta patrum, di sacra autoritas. Ma già penetra vittoriosa nell'interno del diritto romano, lo modifica, lo vince, lo piega: la codificazione di Giustiniano è opera d'un imperatore profondamente cristiano, ossequente alle volontà della Chiesa, il quale ha accettato molti di

direito um fundamento transcendente reportado à fé e às leis divinas. O jusnaturalismo teológico, característico da Idade Média, fundamentou-se em valores religiosos difundidos pelo cristianismo.

Com o Renascimento, promoveu-se a exaltação do indivíduo e da razão. O racionalismo permitiu ao direito libertar-se dos fundamentos teológicos e transcendentais que impregnaram os institutos jurídicos na Idade Média.

Ao proclamar que as ações são lícitas ou ilícitas por si mesmas e não porque admitidas ou proibidas por Deus, Hugo Grócio reintroduziu o pensamento laico no Direito e revitalizou a tradição herdada do direito romano, embora orientada por paradigmas diversos.

O indivíduo racional é o paradigma fundamental do mundo moderno³.

Na mesma época em que publicado o Discurso sobre o Método de Descartes⁴, Hugo Grócio

quei canonici e di quegli statuti" (Arrigo Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937, p. 56-57). (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 94/95).

² A teoria da pessoa jurídica e o esquema de separação de patrimônio do direito canônico da Idade Média, por exemplo, teve repercussão no regime de propriedade, porque o proprietário podia ser pessoa que não exercia apropriação material e efetiva da terra. (Ver José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História - Lições Introdutórias*, São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pág. 108 e seguintes).

³ Para Antonio Castanheira Neves, o racionalismo é "expressão da *ratio moderna* que deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica e se volta para a razão autofundamentante nos seus axiomas (as suas evidências racionais) e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos - a razão cartesiana." (Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou Entre "Sistema", "Função" e "Problema" - Os Modelos Atualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXIV, 1998, pág. 16).

⁴ No seu "Discurso sobre o Método" Descartes notou que "a verdade penso, logo existo era tão sólida e tão certa que nem mesmo as mais extravagantes suposições dos céticos poderiam abalá-la.

formulou as bases do jusnaturalismo moderno. O direito é reconhecido laico, racional, subjetivo e, conseqüentemente, voltado para proteger interesses individuais⁵. Do ponto de vista lógico não há diferença entre o jusnaturalismo teológico e o racional. A diferença é epistemológica, na medida em que o que muda é o critério de verdade. O que tinha origem no divino e no sagrado passa a fundar-se na razão e nos valores individuais^{6 7}.

E, assim julgando, conclui que não deveria ter escrúpulo em aceitá-la como o primeiro princípio da filosofia que buscava. Depois examinando atentamente o que eu era e verificando que podia fingir que não tinha corpo e nenhum mundo ou lugar havia em que me encontrasse, mas, ao mesmo tempo, não podendo fingir que não existia, bastando o fato de duvidar da verdade das outras coisas para demonstrar, de modo bastante certo e evidente, que eu existia, ao passo que bastaria deixar de pensar, mesmo admitindo que tudo o que imaginasse fosse verdadeiro, para não haver nenhuma razão que me levasse a crer na minha existência, depreendi de tudo isso que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste exclusivamente em pensar e que, para existir, não precisa de nenhum lugar nem depende de nada material, de forma que eu, isto é, a alma, pela qual eu sou o que sou, é inteiramente distinta do corpo e até mais fácil de conhecer do que este, e, mesmo que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é. Em seguida, considere, em geral, do que carece uma proposição para ser verdadeira e certa, pois que, tendo encontrado uma nestas condições, devia saber também em que consiste essa certeza. E, tendo notado que, em penso, logo existo, nada me garante que eu esteja dizendo a verdade, ao mesmo tempo que vejo claramente que, para pensar, é necessário existir, julguei poder tomar, como regra geral, que as coisas que concebemos com muita clareza e nitidez são todas verdadeiras, havendo apenas alguma dificuldade em discernir as que concebemos com nitidez." (8.ª ed., São Paulo, Atena Editora, pág. 44/45). No pensamento de Descartes o conhecimento e a descoberta da verdade ocorrem através da razão, sem qualquer relação com a realidade dos fatos.

⁵ Conforme escreve Riccardo Orestano, "Le vaste correnti di pensiero che con le loro implicazioni filosofiche e ideologiche portarono in Europa al giusnaturalismo del sec. XVII e al giusrazionalismo del sec. XVIII miravano soprattutto all'esaltazione dell'individuo e dessa sua libertà"... "i diritti civili, pei giusnaturalisti, non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo. Lo stesso significato di diritto naturale si transforma: la vecchia dottrina oggettivistica del diritto naturale diviene sempre più una teoria dei diritti naturali in senso soggettivo"... "A principio ordinante e nucleo essenziale del "sistema" giuridico verrà elevato l'individuo, considerato nella sua capacità, nelle manifestazioni della sua volontà, nelle sue attività. Elementi necessari di ogni trattazione diverranno quindi la teoria del "soggetto di diritto" (subiectum iuris), la teoria dei "diritti soggettivi" (iura et obligationes), intesi nella loro essenza come possibilità e necessità morali, e infine la teoria degli "atti giuridici" (actus iuridici), cioè di quelle mudae assertiones et dispositiones da cui nascerà la costruzione del "negozio giuridico" (Rechtsgeschäft), quale riconoscimento dell'autonomia individuale e attuazione della volontà del privato" (Azione, Enciclopedia Del Diritto, Giuffrè Editore, vol. IV, pág 788).

⁶ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, Curitiba, Dissertação de Mestrado, UFPr, 1998, pág. 8.

⁷ As idéias que fundamentam o jusnaturalismo moderno podem ser sintetizadas a partir dos seguintes pontos: a) O fundamento do direito está na razão humana; b) atitude individualista; c) predominância dos direitos subjetivos que o indivíduo possui por natureza; d) o universo é regido por leis racionais, matemáticas; e) o direito é um sistema onde se deduz uma norma da outra; f) consideração dos fatos e dos conceitos jurídicos fora de suas contextualizações históricas. (Anotações de aulas ministradas por Celso Luiz Ludwig, na disciplina de Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito de Curitiba, 1989).

Não é apenas no direito civil ou no direito comum que prevalecem os valores do racionalismo. O Estado também é reconhecido produto da razão e, desse modo, deve velar pela segurança jurídica, pela neutralidade da lei e, por conseguinte, pela imparcialidade do intérprete no trabalho de interpretação e de aplicação dos textos legais⁸.

A filosofia racionalista aprofundou a concepção formal e conceitual dos institutos jurídicos. A liberdade e a vontade individual adquiriram validade para o direito na medida em que sujeitos a formulação racional do conceito. É o conceito, portanto, que confere racionalidade aos institutos jurídicos. Posse e propriedade para essa concepção juscientífica são antes de tudo conceitos. A abordagem conceitual dos institutos jurídicos conduziu à valorização da lei positiva como elemento capaz de evidenciar a objetividade científica do direito. A lei

⁸ Ovídio A. Baptista da Silva citando Carl Schmitt observa que, "Con la concezione dello Stato come prodotto artificiali del calcolo umano è compiuto il passo decisivo. Tutto il resto, ad esempio lo sviluppo che va dal meccanismo dell'orologio alla macchina a vapore, al motore elettrico, al procedimento chimico o biologico, viene da sé con l'evoluzione ulteriore della tecnica e del pensiero scientifico, e non ha bisogno di nuove decisioni metafisiche... Ma così, il concetto hobbesiano di Stato diventa un fattore essenziale di quel grande processo durato quattro secoli, attraverso il quale, grazie a concezioni tecniche si è prodotta una generale 'neutralizzazione', e lo Stato in particolare è divenuto un strumento tecnico-neutrale...La neutralizzazione, culminante nella tecnizzazione generale, può quindi collegarsi con la tolleranza, e l'una può naturalmente trapassare con facilità nell'altra...Un simile Stato tecnico-neutrale può essere tanto tollerante quanto intollerante; in entrambi i casi resta neutrale allo stesso modo. Il suo valore, la sua verità e la sua giustizia stanno nella sua perfezione tecnica. Tutte le altre idee di verità e di giustizia sono assorbite dalla decisioni del comando legale; l'introduzione di quelle idee nell'argomentazione giuridica creerebbe soltanto nuovo conflitto e nuova insicurezza. Na machina dello Stato, o funziona o non funziona. Nel primo caso, mi garantisce la sicurezza della mia esistenza fisica; in cambio pretende obbedienza incondizionata alle leggi del suo funzionamento." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica, pág. 111/112).

assinala os contornos da liberdade e dos valores individuais.

A lei, todavia, é produzida pelo Estado. Um Estado concebido racionalmente e neutro em relação a valores. O poder de legislar do Estado tem a atribuição de garantir a liberdade e os interesses do indivíduo. A diferença entre os interesses do Estado e os interesses individuais se resolve no plano da abstração conceitual. Um Estado abstrato que zela pela liberdade de um indivíduo e de uma subjetividade também abstratos.

A defesa da liberdade individual, a partir das premissas do jusnaturalismo, adquiriu sentido na medida em que direcionada para a proteção do indivíduo contra a ação do Estado. Os interesses individuais, nesta perspectiva, estariam contrapostos aos do Estado⁹. A princípio, portanto, o Estado não poderia voltar-se para a defesa dos interesses individuais. O pressuposto é o de que há nítida separação entre a esfera individual e a esfera pública, única forma de assegurar a plenitude da liberdade individual. A separação conceitual das esferas de

⁹ Segundo Ovídio A. Baptista da Silva foram concepções iluministas anacrônicas que permitiram o entendimento de que "somente a lei, racionalmente interpretada, poderia dar aos "cidadãos" a indispensável segurança, protegendo-os da onipotência do Estado: "En la Época de las Luces, cuya principal meta política es la superación de la inseguridad y desamparo del ciudadano frente a la omnipotencia del Estado, pasa a un primer plano la idea de la seguridad jurídica: libertad civil es libertad frente a la voluntad desvinculada (cuando no arbitraria) de los órganos del Estado, "Ser libre quiere decir depender únicamente de la ley (Voltaire). Y de esta ley se espera seguridad jurídica, claridad y certidumbre de sus presupuestos de hecho y calculabilidad de sus

interesses deslocou a disciplina da posse e do direito de propriedade para o âmbito dos interesses individuais. O aparente conflito de interesses foi resolvido pela atribuição ao Estado da tarefa de proteger a liberdade individual e de, ao mesmo tempo, evitar interferir na esfera de interesses do indivíduo. A liberdade individual que o Estado tenta preservar está delimitada pela abstração do conceito. É liberdade formal¹⁰ que não interfere na racionalidade do Estado e na organização social. O papel do conceito jurídico, racionalmente formulado, é o de eliminar o conflito real existente na sociedade pela sustentação de uma concepção abstrata do Estado e do indivíduo¹¹.

A aparente submissão do Estado aos interesses individuais, todavia, não elimina a separação que se opera entre Estado e indivíduo, nascida da concepção racional do direito. O conflito real de interesses permanece latente, apesar do esforço de racionalização conceitual.

A proposta de um Estado neutro, produto da razão e do conceito, de um lado, e do fortalecimento do individualismo, mesmo que abstrato,

consecuencias jurídicas" (Heinrich Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, ed. Alemã de 1964, Madrid, 1968, p. 558)." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 207).

¹⁰ Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pag. 98/99.

¹¹ Para Thomas Hobbes o Estado deve ser dotado de personalidade artificial, construída mecanicamente à semelhança de um relógio (ver Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, pág. 112 e seguintes). A este Estado artificial corresponde uma individualidade também artificial. A relação entre Estado e indivíduo surge mediada pela lei positiva reconhecida o único critério objetivo capaz de delimitar o justo e o injusto.

de outro, possibilitou a difusão da doutrina do liberalismo econômico que reconhece no indivíduo o agente apto a desencadear o processo de desenvolvimento econômico¹². A técnica da separação dos poderes expressa a doutrina individualista do liberalismo econômico porque constitui mecanismo destinado a controlar o exercício do poder e a impedir a ingerência do Estado na esfera dos interesses individuais¹³.

Na concepção do Estado racional, coube à lei traçar o perfil do próprio Estado, guardião da liberdade individual, da disciplina jurídica do contrato e da propriedade privada elementos indispensáveis para a realização do projeto filosófico e político do liberalismo econômico. A lei que funda o Estado opera a transposição de valores entre o campo sócio-político e o campo jurídico. Antes de exprimir a soberania estatal, a lei deve sintetizar a vontade

¹² De acordo com Paulo Bonavides "a vitória da ciência, que descerrava horizontes até então encobertos na fenomenologia da natureza, acendia as esperanças e o otimismo dos filósofos racionalistas. Cuidavam eles haver transposto assim o pórtico de uma era que prometia ao homem a solução do caos social. A implacável investida que se fez contra as antigas instituições, destruídas nos alicerces, pedia que, ao desmoronamento das velhas idéias, sucedesse a reconstrução da realidade social, nomeadamente em seu aspecto político. E o pensamento daquela idade conflagrada cuidou desse modo levar a cabo, com pleno êxito, a reconstituição da autoridade, em bases completamente novas, que dessem ao indivíduo, com a carta de seus direitos fundamentais, ideologia fundada em valores rígidos e absolutos. O direito natural, no que tange à ordem política, chegara ao seu ponto culminante de florescimento, exercendo sobre a consciência dos reformadores europeus do século XVIII prestígio raramente alcançado por outras doutrinas. Supunha-se estar de posse da chave do destino social, encaminhado à felicidade do gênero humano. Antes, porém, que a realidade contradissesse aquele majestoso sistema de idéias ou pusesse abaixo aquele esboço otimista de organização social, em que a razão humana anunciava, no plano teórico, a obra da perfectibilidade das instituições, tudo levava a crer no triunfo dos esquemas de técnica constitucional do liberalismo. Um desses esquemas foi o da divisão de poderes, que tinha como objeto precipuo servir de escudo aos direitos da liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade." (Do Estado Liberal ao Estado Social, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Ltda, 5ª ed., 1993, pág. 60/61).

geral¹⁴ e por meio desta síntese tornar possível a vida social harmônica. A constituição é a lei que expressa a vontade geral e que confere legitimidade política ao Estado. Na origem do constitucionalismo, entre outros elementos políticos e ideológicos, está a concepção racional do direito. A tarefa da constituição, assim como a do Estado, será a de racionalizar e limitar o exercício do poder de modo a garantir a liberdade individual expressa na teoria do contrato e na concepção da propriedade privada¹⁵. Ao mesmo tempo em que confere racionalidade ao direito, a constituição também se torna o instrumento jurídico de garantia da liberdade individual, ao introduzir na esfera do direito o complexo de valores relacionados à pessoa humana e aos conflitos da vida em sociedade, ainda que de início esses valores e conflitos apareçam esvaziados de conteúdo, por obra da abordagem formalista do fenômeno jurídico.

¹³ Ver Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 90 e seguintes.

¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que a doutrina de Rousseau, que se expressa através do contrato social, pretendia estruturar a sociedade e o governo pelo comando da vontade geral. Ressalta que essa doutrina "tinha implícita, porém, uma séria consequência política, que era a condenação das instituições que então prevaleciam na França, na Europa. É a sua doutrina um dos instrumentos de crítica à estrutura política francesa e europeia do século XVII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas idéias, como das de outros ligados a mesma corrente, para sustentar a necessidade de se refazer o pacto social. Por refazer o pacto social, entendiam a necessidade de se substituírem as instituições existentes por novas instituições, que fossem adequadas à liberdade dos indivíduos, ao respeito ao direito natural deles, e que de algum modo associassem os governados ao governo, que trouxessem pelo menos a participação da vontade geral no governo. Essa idéia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à idéia de Constituição: a Constituição escrita seria o instrumento pelo qual se renovaria o pacto social e se estabeleceria, de forma legítima, o governo respeitoso da liberdade, respeitoso dos direitos, o governo em que a vontade geral tivesse a última palavra." (O Poder Constituinte, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1985, pág. 8/9).

¹⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 88.

Todo o esforço teórico que se iniciou com o racionalismo, ou que pelo menos se renovou através dele, conduziu a novo estágio de sistematização do direito. Os pressupostos da filosofia racionalista que sustentaram a doutrina do constitucionalismo e a concepção do Estado moderno aprofundaram a sistematização do direito, de modo a conferir objetividade aos institutos jurídicos. A sistematização posta em prática objetivou garantir segurança e estabilidade nas relações de troca de mercadorias, necessárias à consolidação do liberalismo econômico¹⁶.

Antes mesmo da difusão da filosofia racionalista, a idéia de sistema não era estranha ao direito. A história do direito se confunde com a busca de ordenação de valores, idéias e princípios¹⁷. No direito romano já se esboçara a tentativa de ordenar os institutos jurídicos, através de critérios de

¹⁶ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 110.

¹⁷ Nelson Saldanha escreve que "Santo Agostinho já dizia, em uma das frases iniciais de seu pequeno tratado *De Ordine* que "conhecer e compreender a ordem é muito difícil para os homens, e muito raro"... "O conceito de ordem, impondo-se com efeito ao espírito dos homens, foi desde logo assumido pela perspectiva religiosa, e daí a imagem genérica da ordem como ordem do mundo, ou como - se se trata da ordem comum "das coisas" - reflexo da majestática ordenação divina do universo". Mais adiante conclui que, "A idéia de Direito, desde o pensamento clássico, sempre envolveu - tal como ocorreu com a de justiça - as noções de coordenar e subordinar, bem como as de acerto e de simetria, noções que convergem para a de ordem. O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a política; mas existe com o sentido de complementar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa, que não se limita a dar forma às relações de poder (embora o faça) mas que as remete a um especial plexo de valores e a um peculiar sentido de sistema"... "o processo jurídico só se compreende em função de uma ordem, conjunto de princípios e estruturas, que o fazem possível e inteligível." (Ordem e Hermenêutica, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1992, págs. 6 e 168).

semelhança e dessemelhança¹⁸. O racionalismo iniciou nova etapa de sistematização do direito baseada na generalização de princípios, na abstração conceitual e na inferência dedutiva de causas e efeitos¹⁹. A ordenação dos institutos jurídicos deixou de obedecer apenas ao critério de semelhança e dessemelhança²⁰. A sistematização racional do direito tentou construir uma ordenação lógica e, por isso mesmo, científica das normas jurídicas²¹. A lógica racionalista aplicada à sistematização do direito teve como conseqüência inevitável a relegação a plano secundário da natureza histórico-cultural do direito, insuscetível de ser reduzida a um esquema conceitual²².

¹⁸ De acordo com Antonio Menezes Cordeiro, na introdução a obra de Claus-Wilhelm Canaris, "o Direito teve, desde sempre, o seu sistema interno. O externo, porém, só se tornou possível quando a Ciência do Direito atingiu um determinado nível de desenvolvimento. A situação pode ser testada com clareza nas grandes compilações do Direito Romano, em particular no Digesto. As soluções aí reunidas tinham uma lógica imanente: procurando tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, elas atingiram uma adequação formal que assegura a atualidade de muitas delas até aos nossos dias. A arrumação exterior dessas soluções era, contudo, pré-sistemática: obedecendo aos acasos da História ou a puros juízos de oportunidade empírica, os fragmentos do Digesto, mesmo quando reportados aos mesmos temas, dispersam-se pelos seus cinquenta livros. O Direito Privado continental resulta de três recepções sucessivas do Direito Romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tónica em França, no século XVI e a recepção pandectística, na Alemanha, do século XIX." (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. LXX e LXXI).

¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior lembra que "Com Christian Wolff, que domina com sua terminologia o século XVIII, o termo sistema toma, então, as características mais marcantes, que ainda hoje o configuram. Para ele, sistema é mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades. Sistema é sobretudo "nexus veritatum", que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução. Compara-se o nexus com o conceito de organismo, superando a idéia de composição orgânica e mera justaposição classificatória. Em Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo, cujos caracteres foram analisados expressamente por Johann Heinrich Lambert, em obra datada de 1787." (Conceito de Sistema no Direito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1976, pág. 11).

²⁰ Michel Foucault diz que a dissociação do signo e da semelhança, no século XVII faz surgir a análise, a combinatória, o sistema e a língua universal. O signo, por sua vez, somente surge a partir do momento em que é conhecida a possibilidade de relação de substituição entre dois elementos conhecidos (As palavras e as Coisas - Uma Arqueologia das Ciências Humanas, anotações).

²¹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 18/19.

²² Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 19.

A codificação²³, desse modo, é o resultado substantivo da nova etapa de sistematização do direito apoiada na filosofia racionalista. Tanto o Código Napoleônico do início do século XIX como Código Civil Alemão do final do mesmo século XIX são produtos do esforço de sistematização racional do direito²⁴. No Código Napoleônico de 1804 a concepção individualista do direito de propriedade é exemplar da recepção de elementos da filosofia racionalista e da ideologia liberal, no processo de sistematização do direito.

A premissa básica da sistematização racionalista é sujeitar o particular a categorias universais que possam constituir o fundamento de um sistema ordenado e ordenante de normas identificáveis através de operação de lógica dedutiva. O pressuposto da ordenação lógica é a idéia de que o direito constitui sistema completo e fechado de normas.

A contingência do particular, todavia, não desaparece na universalidade abstrata de categorias conceituais. A filosofia racionalista não conseguiu superar os obstáculos surgidos de um sistema

²³ De acordo com Antonio Menezes Cordeiro, a codificação implica a sujeição das fontes do direito ao pensamento sistemático. (in Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, introdução, pág. LXXXV).

²⁴ Antônio Menezes Cordeiro anota que "as duas grandes codificações - primeira e segunda - foram, inquestionavelmente, a francesa e a alemã. Mas do que a importância dos textos em que se consubstanciaram, convém recordar que esteve em jogo o culminar das duas grandes tradições juscientíficas do continente europeu: a segunda sistemática, como produto do jusracionalismo e a terceira sistemática, como resultado da pandectística. E na seqüência surgiram os dois grandes estilos que repartem hoje o espaço juscultural românico." (in Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Introdução, pág. XCVIII).

conceitual e abstrato de normas para o direito, capaz ao mesmo tempo de assimilar a particularidade da situação de fato e ainda manter a premissa de completude.

A filosofia de Kant deu impulso teórico para a sistematização do direito. Ao reconhecer que o sujeito participa da construção do objeto do conhecimento, Kant tratou da separação entre a esfera da razão prática, onde situada a moral, a lei e o direito, e da esfera da razão pura, que se ocupa da matemática e da física²⁵. Identificou os elementos que constituem o conhecimento *a priori*, cuja forma é dada pelo sujeito, e o conhecimento *a posteriori*, surgido da interação entre sujeito e objeto. A idéia de juízos sintéticos *a priori* de Kant permitiu que o processo de sistematização do direito assimilasse os postulados do positivismo e do historicismo, em ambos os casos com o aprofundamento da concepção formal e abstrata dos institutos jurídicos.

Para combater o formalismo que passou a dominar a ciência jurídica, Rudolf Stammler e Heinrich Rickert tentaram redirecionar os fundamentos da filosofia kantiana sem conseguir, contudo, superar a problemática surgida do confronto entre a idéia de um

²⁵ Ver Emmanuel Kant, *Critique de la Raison Pratique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1949, pág. 19 e seguintes e *Crítica de la Razon Pura y Prolegómenos a Toda Metafísica Futura*, Buenos Aires, Librería El Ateneo Editorial, 1950, pág. 40 e seguintes.

sistema abstrato de normas, de um lado, e a contingência dos fatos e dos valores, de outro^{26 27}.

De acordo com Stammler, os conceitos jurídicos, que são condicionados pela existência histórica do direito positivo, se formam a partir de sucessivas abstrações. Mediante dedução seria possível estabelecer a relação entre conceitos

²⁶ Karl Larenz escreve que "Ciência ou conhecimento - e com isto Stammler liga-se à crítica do conhecimento de Kant e a sua compreensão através do "neokantismo" - é uma reunião entre si de conteúdos singulares da consciência num modo de pensamento de validade geral. A toda a "maneira ou modo geral de determinar unitariamente as particularidades de um certo conteúdo de consciência", chama Stammler, "em ligação com a linguagem da filosofia crítica", um forma da consciência pensante, forma que ele distingue da "matéria" que ela ordena, e que é o momento do conteúdo da consciência que procede da "sensação" (pag. 7). A relação entre forma e matéria de um pensamento é a mesma que entre logicamente condicionante e condicionado. Não conseguimos pensar nenhuma idéia que não esteja já "formada", isto é, determinada e orientada segundo o modo característico do pensamento, ao passo que a forma, mediante a qual é apreendida toda a matéria particular, é independente desta. Em toda a "experiência" encontra-se assim já um elemento que pertence ao pensamento como tal. Enquanto a "matéria, por si só, não pode nunca chegar a ser conteúdo da consciência, já é possível separar mentalmente a "forma" da matéria por ela determinada e também contemplá-la isoladamente. Stammler distingue ainda entre formas do pensamento "puras" e "condicionadas": a estas liga-se ainda alguma coisa de um conteúdo condicionado pela matéria; aquelas gozam de uma "validade geral incondicionada", quer dizer, são, no sentido do neokantismo, princípios a priori. Também as idéias jurídicas surgem na consciência como algo já coordenado, formado, de determinada maneira. Assim deve haver, segundo Stammler, "formas puras" do pensamento jurídico, que "no que têm de característico, de nenhum modo dependem das particularidades de uma matéria mutável e alterável, que não são outra coisa senão formas que determinam a ordenação unitária" (pág. 113). São as "diretrizes" últimas "que condicionam o pensamento jurídico". A totalidade destas "formas puras", que condicionam logicamente todo o conhecimento jurídico particular, mas que não são em si condicionadas por qualquer matéria particular, encontra, por sua vez, a sua "unidade condicionante" no próprio conceito de Direito (pág. 14). O conceito de direito é "uma pura maneira ou modo condicionante para a ordenação da consciência volitiva, e da qual depende toda a possibilidade de determinar como jurídica uma certa questão" (pág. 19). Encontrar esse conceito e encontrar, com ele, os "conceitos fundamentais puros" do Direito, é a primeira missão da filosofia do Direito "crítica". (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 99/100).

²⁷ Para Rickert, de acordo com Karl Larenz, o ponto de vista orientador será "a relação de um determinado fenômeno ou objecto com um valor que o historiador reputa como significativo. De qual valor se trata no caso, é, do ponto de vista metodológico, indiferente. A Rickert importa apenas o reconhecimento de que, sem a pressuposição de valores que se sintam como "significativos" e que para nós sejam "estimulantes", o "interesse" histórico não poderia pura e simplesmente surgir, tornando-se impossível a ciência da história. A opinião de Rickert não é tão-pouco a de que o historiador enquanto tal tenha de "valorar" os acontecimentos, isto é, de tomar posição sobre eles positiva ou negativamente. Mas, de qualquer forma, tem de os "referir a valores", ou seja, tem de os reconhecer como alguma coisa que pode ser objecto de uma valoração, que merece consideração do ponto de vista valorativo. A esta construção de conceitos referida a valores - que não contém, decerto, nenhuma valoração dos fenômenos, mas que, em todo o caso, a prepara e torna possível - chama Rickert uma "construção de conceitos teleológica" (pag. 371 e segs.). A importância destas explanações reside principalmente no facto de Rickert, através delas, ter dado entrada ao conceito de "valor" na metodologia das ciências do espírito, embora, é claro, da única maneira lícita para o "neokantismo" apresentando esse conceito como um a priori epistemológico dessas ciências, sem dar uma resposta ao problema de saber o que é um "valor". (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 110/111).

superiores e conceitos inferiores. Para Karl Larenz²⁸, a contribuição mais significativa de Stammler está na compreensão do direito como ciência teleológica.

Para Rickert o conceito jurídico deve condensar um determinado valor da realidade histórica. Este valor reconhecido pelo conceito necessita ser compreendido como valor relevante por uma determinada comunidade de modo a, por essa compreensão, adquirir validade fática. Trata-se de concepção de caráter formal, ainda que reportada à realidade e aos valores históricos.

O neokantismo, a exemplo da filosofia de Kant, intensificou o processo de sistematização formal do direito e de formulação de conceitos jurídicos abstratos, sem relação com a concretude dos fatos²⁹.

Hans Welzel pretendeu fazer a crítica dos postulados do conhecimento apriorístico defendidos pelo neokantismo ao sustentar a necessária compreensão da ontologia do real para a construção dos conceitos jurídicos. A abordagem fenomenológica defendida por Welzel, apoiada no pensamento filosófico de Edmundo Husserl e Nicolai Hartmann, concebeu o

²⁸ Metodologia da Ciência do Direito, pág. 106/107.

²⁹ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior "o neokantismo acaba por propor um relacionamento abstrato para não dizer meramente "verbal" entre "Direito" e "Realidade", que não esconde, ao contrário, nos induz patentemente a sistematizações unilaterais, incapazes de proporem um critério se não unificador, ao menos esclarecedor das suas relações mútuas (por exemplo, entre sistema de normas

direito como fenômeno exterior ao sujeito que deve compreendê-lo nos elementos próprios dessa exterioridade o que, de certo modo, conduziu a um enfoque que privilegiava a realidade ôntica da realidade da lei positiva.

A idéia de direito como sistema completo de normas esteve de acordo com a defesa de uma concepção formal dos institutos jurídicos e do postulado teórico da existência da lei positiva como essência última do fenômeno jurídico. A suposta natureza conceitual do direito, desobrigada de garantir efetividade material aos direitos, favoreceu a tutela formal da posse e do direito de propriedade.

O direito, entretanto, não se limita à lei positiva. O problema da sistematização do direito encontra solução à medida que o sistema consiga abarcar toda a extensão da juridicidade que não se restringe ao conceito ou a uma essência abstrata da lei positiva.

Uma ordenação lógica de normas, como pretendido pela racionalidade formal, é por necessidade a-histórica porque somente pela desconsideração dos valores históricos é possível assegurar a universalidade do conceito. O corte

e dos valores jurídicos, destes e dos fatos sociais e das normas)." (Conceito de Sistema no Direito, pág. 67).

epistemológico³⁰ que a concepção formal do direito opera separa o mundo do conceito jurídico, da lei positiva, do dever-ser, do mundo dos fatos, da experiência, do sensível, do ser. Isola-se o campo da normatividade do da realidade dos fatos para formular uma teoria descritiva da norma e para esvaziar o conteúdo valorativo dos institutos jurídicos³¹.

A realidade fática e o juízo de valor introduzem a imperfeição no conceito. O conceito então tende a distanciar-se de elementos valorativos e da contingência do fático^{32 33}.

O direito tem natureza sistemática e mesmo a interpretação, conforme acentua Juarez Freitas³⁴, é processo sistemático e sistematizante, porque procura dar sentido às normas no confronto com a realidade dos fatos e a dinâmica dos valores. Desse modo, somente um sistema concebido como aberto e

³⁰ Tomado aqui no sentido elaborado por Michel Foucault. (Ver *Microfísica do Poder*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Edições Graal Ltda, 1985, pág. 244 e seguintes).

³¹ Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pág. 22.

³² Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pág. 23.

³³ Ernildo Stein anota que "quando queremos representar uma espécie de universalidade projetamos algo para o mundo abstrato que chamamos mundo ideal. A idealização era primeiro a esfera onde se poderia falar de sentido e de significado. Com isto surgiu a questão da oposição entre realidade e idealidade. A realidade é o universo singular que aparece no seu modo de generalidade ou de universalidade. Essa era a maneira de resolver a questão. Mas essa distinção que se fazia entre realidade e idealidade era uma distinção que contrabandeava para dentro da linguagem uma espécie de distinção ontológica: o ideal é perfeito, o real é menos perfeito. O ideal é pureza formal, abstrata, e o real é aquilo que introduz no conhecimento a singularidade e de certo modo a imperfeição do conhecimento. Portanto, se fazia uma distinção que era de caráter ontológico: existe o mundo ideal e existe o mundo real." (*Aproximações sobre Hermenêutica*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1996, pág. 22/23).

³⁴ Para Juarez Freitas, "todo o processo hermenêutico é sistemático e sistematizante, uma vez que busca, mais ou menos conscientemente, realizar a dupla função mencionada de dar ordem interna, de uma parte, assim como de realizar a referida escolha valorativa, que se busca mesmo na fase

incompleto pode assimilar o fenômeno da juridicidade e propiciar a construção de tutelas para a posse e para o direito de propriedade, orientadas pelo princípio da efetividade material dos direitos.

O sistema aberto e incompleto, todavia, não pode descuidar de garantir a unidade que lhe é própria sob pena de negar o caráter sistemático do direito. O sistema é aberto e incompleto porque a incompletude é própria da ordem jurídica. A incompletude, porém, não pretende ser permanente e infinita. O sistema aberto e incompleto do direito tende para a completude, para o finito, ao mesmo tempo em que reconhece a lacuna, a falta, o vazio provocado pela existência da norma e pelo trabalho interpretativo que confronta a lei, que tem existência no mundo jurídico, com os valores da realidade fática. O que é incompleto quer ser completo, embora esteja implícito neste querer um certo reconhecimento da impossibilidade teórica e prática da completude.

A unidade do sistema aberto e incompleto deve repousar em elementos que possam assimilar a incompletude e o processo sistematizante inerentes ao direito. O sistema precisa garantir a unidade entre os vários institutos jurídicos de modo a conferir organicidade ao ordenamento. Necessita também

admitir como integrante do fenômeno jurídico uma certa ordem de valores que resiste à sistematização porque conectada à realidade fática.

A noção de sistema proposta por Claus-Wilhelm Canaris para o direito, como sistema que comporta uma ordem axiológica ou teleológica, propicia a abertura necessária para a consideração dos valores componentes da juridicidade, sem perder o caráter sistematizante que permanece atrelado a uma ordem de valores e fins³⁵. A ordem de valores³⁶ que sustenta o sistema proposto por Canaris está direcionada para a busca da solução justa e para a tentativa de alcançar a gênese da juridicidade no confronto dialético dos elementos da lei positiva com os valores da realidade fática, na perspectiva da situação de fato considerada no processo de concretização. A abertura do sistema que aproxima o direito de uma concepção de ordem de valores e de fins facilita a elaboração de tutelas para a posse

Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995, pág. 51).

³⁵ Para Claus-Wilhelm Canaris, "sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores." Segundo ele, a racionalidade da ordem de valores resulta a "hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica. Ela é condição de possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio de justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença." (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, pág. 67, 74/75).

³⁶ Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a ordem de valores atua de forma a "uma vez legislado um valor (primário) pensar todas as suas conseqüências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores." (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, pág. 75).

e o direito de propriedade, comprometidas com o princípio da efetividade, porque permite assimilar os valores da realidade fática, onde se manifesta o fato da posse e da situação proprietária concreta³⁷.

Juarez Freitas critica a ordem de valores e fins proposta por Canaris porque entende que ela não resolve o problema das antinomias jurídicas. Para o jurista, a fonte da unidade interior do direito residiria na hierarquização de princípios e de valores³⁸. Deve-se ressaltar, entretanto, que, na ordem de valores e de fins que constitui o sistema jurídico, está implícita certa hierarquia de princípios, de valores e de fins e que os elementos determinantes da ordenação do sistema são os princípios, os valores e os fins, e não a relação hierárquica entre eles na configuração do sistema³⁹.

Os princípios gerais de direito⁴⁰ atuam como forças centrípetas a sustentar o caráter

³⁷ A concepção de sistema aberto a partir de uma ordem de valores e fins está de acordo com o princípio de abertura material dos direitos fundamentais tutelados na Constituição Brasileira de 1988 (art. 5.º, § 2.º).

³⁸ Esta hierarquização, segundo Juarez Freitas, "é metacritério essencialmente presente a arbitrar, por assim dizer, a disputa entre princípios, normas e valores no seio do Direito positivo. É mister erigi-la como núcleo de nosso conceito jurídico, até para manifestar, com nitidez, uma englobante presença axiológica em todos os processos de racionalização ou sistematização do fenômeno jurídico." (Interpretação Sistemática do Direito, pág. 40).

³⁹ Para Juarez Freitas o sistema jurídico é "uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição." (Interpretação Sistemática do Direito, pág. 40).

⁴⁰ A unidade da ordem jurídica valorativa consiste segundo Claus-Wilhelm Canaris na "recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas "decisões de conflitos" e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da

sistematizante do ordenamento jurídico. A ordem de valores inerente aos princípios gerais de direito, por sua vez, constitui força centrífuga que permite assimilar a dinamicidade dos valores e os elementos da realidade fática e integrá-los à ordem normativa⁴¹. Torna-se viável, desse modo, elaborar tutelas para a posse e para o direito de propriedade, sem deixar de considerar os valores e as peculiaridades do fato da posse e da situação proprietária concreta. Os valores do caso concreto não comprometem a ordenação sistemática do direito que, como visto, não se restringe aos elementos da lei positiva.

A abertura atua a partir da constatação da incompletude do ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que propicia ao sistema a mobilidade necessária para atingir a completude. Referida abertura não obedece a um código binário, de natureza autopoietica como sugerido por Luhmann⁴² porque

ratio legis, a ratio iuris determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão "orgânica" e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica no sentido acima caracterizado se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais." (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, pág. 76/78).

⁴¹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 28).

⁴² Para Niklas Luhmann "o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto: é fechado porque é aberto e aberto porque é fechado. Abertura e não abertura não supõem nenhuma contradição, porém, situa o sistema sob exigências específicas de anulação de seu paradoxo." (O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito, Sequência n.º 28, Junho/94, pág. 21). Gunther Teubner diz que "A teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos." (O Direito como Sistema Autopoietico, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 31).

reportada aos valores e aos elementos da realidade fática⁴³. O sistema jurídico não adquire autonomia capaz de, por meio de qualquer espécie de diferenciação, determinar o que seja ou não jurídico, a partir de elementos próprios, de caráter exclusivamente normativo.

Seção 5

Da Jurisprudência dos Conceitos à Jurisprudência de Valoração

A noção de juízos sintéticos a *priori* de Kant⁴⁴ sedimentou a concepção do direito como ciência neutra e conceitual.

Savigny assimilou a premissa conceitual do direito ao propor a identificação da regra jurídica através de processo de abstração⁴⁵. As

⁴³ Francisco Cardozo Oliveira, Os Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 29.

⁴⁴ Ovídio A Baptista da Silva aponta duas conseqüências determinantes da concepção da ciência moderna: "a) o confinamento dos juristas no "mundo jurídico", um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, que os eliminou do mundo social, fazendo com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da cambiante realidade histórica que lhe cabia regular; b) a separação entre moral e direito, determinada pela filosofia Kantiana, assegurou e fortaleceu a alienação dos juristas, com relação aos problemas sociais e políticos de seu tempo, e contribuiu para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica, pág. 155).

⁴⁵ Savigny é considerado um dos fundadores da escola histórica do Direito. Sobre o pensamento de Savigny escreve Karl Larenz que "desde o começo é característica de Savigny a exigência de uma interpretação dos métodos "histórico" e "sistemático", referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. Ao passo, porém, que os primeiros escritos entendem o sistema jurídico exclusivamente como um sistema de regras jurídicas - que se encontram entre si numa tal ligação lógica que as regras especiais se vêem como brotando de certas regras gerais, às quais podem ser reconduzidas -, a obra da maturidade parte ao invés da idéia do nexu "orgânico" entre os "institutos jurídicos" que vivem na consciência comum. Dos institutos jurídicos - pensa agora Savigny - é que as regras jurídicas particulares vêm posteriormente a extrair-se através de uma "abstracção"; por isso, têm aqueles de estar, na

idéias de Savigny, agregadas aos postulados da filosofia idealista alemã, forneceram os fundamentos teóricos para a jurisprudência dos conceitos que defendeu a idéia de que o direito constitui-se de sistema lógico de conceitos. O nexos de conceitos obtidos pelo processo de abstração assemelha-se a uma pirâmide⁴⁶. Os conceitos inferiores são inferidos e deduzidos de um primeiro e superior conceito que ocupa o topo da pirâmide.

O direito concebido como complexo de conceitos abstratos pressupõe o reconhecimento de que o sistema jurídico é fechado e completo e que, desse modo, é teoricamente possível estabelecer no seu interior conexões lógico-formais entre normas. A

"intuição", constantemente presentes ao intérprete, para que este possa compreender com justeza o sentido da norma particular. Além disso, Savigny liberta-se, na sua obra da maturidade, da estrita prisão à palavra da lei defendida nos seus primeiros escritos, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexos de significações fornecidas pela global intuição do instituto. Nada esclarece, no entanto, como é possível reconduzir de novo a regra jurídica particular surgida por "abstração" à unidade de sentido do instituto jurídico correspondente, e tirar desta unidade quaisquer determinações, quando tal unidade só se oferece de modo intuitivo, não sendo acessível ao pensamento conceptual. Falta de clareza que não deve ter pesado pouco no facto de as sugestões metodológicas dos últimos escritos não terem merecido a atenção que se poderia esperar da grande influência de que gozou Savigny. Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a idéia de sistema como sistema "científico" construído a partir dos conceitos jurídicos - idéia que serviu de ponto de arranque para a "Jurisprudência dos conceitos", em que não deve incluir-se, ou apenas com reservas, o nome do próprio Savigny." (Metodologia da Ciência do Direito, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág.17/18)

⁴⁶ Para Karl Larenz, "Foi Puchta quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma "pirâmide de conceitos", decidindo assim a sua evolução no sentido de uma "Jurisprudência dos conceitos formal". Sem dúvida que seguiu Savigny quanto à teoria das fontes do Direito e utilizou como ele uma linguagem que corresponde ao pensamento "organológico" de Schelling e dos românticos. Mas no fundo, foi o método do pensamento conceptualista formal que verdadeiramente ensinou. "As proposições jurídicas singulares que constituem o Direito de um povo" - lemos no seu *Cursus der Institutionen* ("Curso das Instituições") I, 35 - encontram-se umas em relação à outras, num nexos orgânico que se ilumina, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo, enquanto a unidade desta fonte se projecta naquilo que essas proposições estatuem. Porém, de modo imediato e como se tal fora evidente, esse nexos "orgânico" das proposições jurídicas (e não, como em Savigny dos institutos jurídicos!) transmuda-se em um nexos lógico entre conceitos, vendo-se além disso, esse nexos lógico como fonte de conhecimento de proposições jurídicas ainda não inteligidas." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 21/22).

completude do sistema de conceitos jurídicos puros é garantida pela negação do conteúdo valorativo do direito e pela formulação do conceito como universal sem relação com a contingência da história.

O historicismo, que teve em Savigny um dos seus defensores, é exemplar da formulação abstrata do conceito jurídico porque pressupôs para a interpretação e para a aplicação do direito a existência na sociedade alemã de um "espírito do povo alemão", tomado na forma cristalizada do conceito e, portanto, desvinculado de relação direta e imediata com os valores da realidade histórica.

Uma ordem jurídica concebida completa e neutra, entretanto, não está isenta de valores porque intrinsecamente contempla os valores da completude e da neutralidade, assim como os demais valores que lhes são correlatos. O direito neutro e o sistema jurídico completo e fechado refletem os valores constituintes do Estado liberal⁴⁷. A ordem jurídica por hipótese neutra e completa, desse modo, não deixa de contemplar valores que refletem opções filosóficas e políticas incorporados ao mundo jurídico através do discurso da cientificidade⁴⁸.

⁴⁷ Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pág. 199.

⁴⁸ Ovídio A. Baptista da Silva, cita Franz Wiaecker para quem *"L'autonomia, l'esistenza indipendente, del diritto era dunque fondata anche moralmente. Politicamente, essa corrispondeva al sistema dello stato costituzionale liberale e al formalismo dello stato di diritto, che vuole garantire nei confronti dell'esecutivo lo spazio di sviluppo della società civile mediante la"*

A neutralidade buscada para o direito objetivou assegurar o desenvolvimento da economia privada e retirar do âmbito do direito e da jurisprudência o poder de definir o alcance dos direitos. Para uma ordem jurídica neutra, a posse e o direito de propriedade constituíam simples conceitos de validade universal e a-histórica.

O reconhecimento da correlação necessária entre norma e valores, e da conseqüente natureza valorativa do fenômeno jurídico, não tardará a alimentar a crítica do conceitualismo e dos dogmas da pretensa neutralidade do direito.

A crítica ao conceitualismo aglutinou-se em torno da chamada jurisprudência dos interesses. Desde a proclamação de Jhering de que a vida não é o conceito, iniciou-se a retomada gradativa da defesa dos valores como elementos constituintes da juridicidade. A jurisprudência dos interesses formulada por Philipp Heck, entre outros, definiu o direito como tutela de interesses, onde a interpretação devia remontar aos interesses que foram causais para a lei. Para os teóricos da jurisprudência dos interesses, o direito é ciência causal constituída por meio de

neutralità del potere giudiziario rispetto a interessi pubblici, sociali o di gruppi. Solo questa neutralizzazione politica e sociale della giurisprudenza attraverso il vincolo formale al concetto, alla deduzione e alla costruzione scientifica garantiva il netto dualismo tra diritto pubblico e privato tra l'intervento dell'amministrazione statale e l'attività economica privata: in breve, tra stato e società civile" (Diritto privato e società industriale, trad. da edição

sistema que admite a existência de lacunas. Heck pensou o direito como sistema interno de conceitos e, ao mesmo tempo, como sistema externo de interesses. A jurisprudência dos interesses atacou os postulados da jurisprudência dos conceitos e do conceitualismo exacerbado e defendeu a possibilidade teórica da pesquisa dos fins da lei e de suas raízes históricas, ou seja, dos interesses latentes na sociedade. Na vertente teórica aberta pela jurisprudência dos interesses, a crítica ao formalismo se ampliou a ponto de a escola do realismo jurídico norte-americano reduzir o direito à decisão judicial concreta^{49 50}.

A jurisprudência dos interesses não chegou a formular uma reflexão filosófica do sistema jurídico que extrapolasse os limites do dogmatismo. A defesa formal das necessidades da vida como forma de realização do direito traduziu postura positivista diante do fenômeno jurídico. As limitações teóricas creditadas à jurisprudência dos interesses provocou a

alemã de 1974, Napoli, 1983, pag. 68)." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica, pag. 156).

⁴⁹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pag. 202/203.

⁵⁰ Segundo José Lamego, "POUND empreende a crítica ao conceitualismo da *Begriffsjurisprudenz*, representada pelo primeiro *Jhering*, considerando como profundamente errônea a concepção de que o direito se desenvolve "by rigorous legal deduction from predetermined conceptions in the disregard and after in the teeth of actual facts". POUND forjou uma série de epítetos para denominar este método: "automatic", "slot machine", "formal", "conceptualism". JEROME FRANK retratava este método segundo a fórmula R (rule) \times F (facts) = D (decision). Nos Estados Unidos, todavia, a onda de "revolta contra o formalismo" iria ser arrastada até a defesa de modelos "anti-jurídicos" de argumentação judiciária, à idéia sustentada pela literatura jurídica norte-americana de que a decisão judicial era obtida por "palpite" (*hunch*) do juiz, ou por quaisquer inclinações afectivas, emocionais, políticas ou ideológicas, e só numa segunda fase se procuraria fundamentar a decisão *lege artis*." (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "recepção", Lisboa, Editora Fragmentos Ltda., 1990, pag. 46/47).

recusa de seus métodos empíricos e sociologizantes e incentivou a busca de nova orientação jusfilosófica de cunho valorativo para a ciência do direito⁵¹.

A preocupação com os elementos valorativos do fenômeno jurídico conduziu a novas indagações em torno do papel desempenhado pela atividade jurisprudencial na constituição do direito. A jurisprudência de valoração, que privilegia o momento da aplicação reconhece que, na formulação da solução justa para o caso concreto, materializa-se a ponderação de valores inerentes à positividade da lei e imanentes à realidade fática⁵². A formulação da decisão materialmente justa permite conciliar elementos normativos e conceituais da posse e do direito de propriedade com elementos do fato da posse e da situação proprietária concreta. Para a jurisprudência de valoração, a premissa fundamental é a de que a constituição do direito está atrelada à noção de justiça e à busca da solução justa⁵³.

⁵¹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 204.

⁵² Para José Lamego "o mote desta concepção de Jurisprudência de valoração é a argumentação extra-sistemática e o problema dos critérios supralegais de valoração. Em certo momento, o método tópico e o reabilitar do modelo prudencial que ele coenvolvia pareceu oferecer um modelo cabal de racionalidade para este tipo de procedimento." Diz ainda que "Hoje a fundamentação filosoficamente mais generalizada desta concepção de Jurisprudência de valoração é constituída pelas doutrinas da Hermenêutica filosófica, as quais, porém, são utilizadas de modo distinto e com uma acentuação diversa por parte de cada um dos autores. Por sua vez, esta problemática dos critérios supralegais de valoração constitui frequentemente um expediente para a reformulação dos sistemas do Direito vigente e, não raras vezes, em obediência clara a ditames ideológicos." (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "recepção", pág. 60/61).

⁵³ Karl Larenz questiona a possibilidade de se em termos de valoração é possível estabelecer racionalmente o que seria a decisão justa. Para ele a busca da decisão justa poderá conduzir o intérprete a um subjetivismo que pode resvalar para a parcialidade ou para a produção de uma decisão arbitrária. De qualquer modo, segundo Larenz, o intérprete não pode omitir-se da tarefa

A ponderação de valores no reconhecimento do fenômeno jurídico é compatível com a natureza sistêmica do direito, desde que admitido que a sistematização ocorre por meio da ordenação de valores, princípios e fins⁵⁴.

a) Os limites da lógica

A tentativa de construção de uma ciência jurídica conceitual reduziu o pensamento jurídico à lógica classificatória dos institutos jurídicos e ao vazio da abstração pretensamente infensa a valores^{55 56}.

A abstração conceitual não explica o direito em toda a sua extensão porque somente permite compreender e conhecer o que é externo aos institutos jurídicos. O conceito contém certa dose de arbitrariedade na medida em que impõe determinada ordem

de demonstrar os fundamentos do que é reconhecido justo e correto. (ver Metodologia da Ciência do Direito, pag. 144/145). O importante é que o que é ou não justo não se exaure na decisão jurídica exatamente porque a justiça enquanto valor não se revela de forma definitiva na história. A justiça é processo inacabado e em construção. Agnes Heller afirma que uma sociedade justa é possível mas não seria desejável porque somente há justiça onde há injustiça. O melhor mundo possível é aquele onde o erro possa ser cometido e sofrido porque somente dessa forma fará sentido falar em justiça (Além da Justiça, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998, pág. 303 e seguintes). É provável também que uma decisão justa seja cientificamente possível, mas não é desejável. Um direito definitivamente justo não é compatível com a natureza humana. O que deve orientar o intérprete não é tanto a produção de uma decisão essencialmente justa mas a busca da decisão justa porque referida busca é o verdadeiro fator que desencadeia o processo de conhecimento do direito e que, conseqüentemente, é capaz de impedir o arbítrio ou o subjetivismo exacerbado.

⁵⁴ Ver Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, pág. 66 e seguintes.

⁵⁵ Ver Riccardo Orestano, Azione, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editora, vol. IV, pag. 814.

⁵⁶ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 188.

de elementos que não é observada na realidade fática⁵⁷
⁵⁸. A realidade do conceito apresenta-se apartada da
 concretude dos fatos⁵⁹. O conceito recorta a realidade
 fática pela abstração para submetê-la ao processo de
 sistematização. A lógica formal tomou como modelo os
 silogismos aristotélicos - ao mesmo tempo em que
 relegou o saber prudencial também integrante da
 filosofia de Aristóteles - e tentou aproximar o saber
 jurídico do saber matemático.

O direito não se reduz ao conceito
 na medida em que o sentido da norma está reportado à
 concretude das relações sociais. O fenômeno jurídico
 não é um dado acabado que possa ser apreendido como
 totalidade por meio do conceito⁶⁰. O caráter científico
 do direito não reside na revelação de uma verdade
 imutável, mas na demonstração de validade dos seus
 enunciados normativos⁶¹. A concepção conceitual da posse

⁵⁷ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 188.

⁵⁸ Conforme adverte Luiz Fernando Coelho, "O pensamento analítico, ao envolver necessariamente a abstração dos elementos contingentes do objeto "pensado", é inapto à intelecção de objetos que essencialmente consistem em realidades contingentes, quais sejam, os objetos do mundo da cultura, as realidades do setor do humano, onde o vir-a-ser é a contínua sucessão de contingências, onde a historicidade se identifica com a própria estrutura dos objetos." Daí diz ele que o pecado da lógica formal (e abstrata) "é o de constituir um jogo vazio de símbolos, incompatíveis com a realidade que se pretende expressar, por ser uma lógica adequada a um universo estático e atomístico, enquanto que o universo da juridicidade é dinâmico e total." (Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, pág. 106/107-110).

⁵⁹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 189.

⁶⁰ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 192.

⁶¹ Luiz Fernando Coelho observa que "O fundamento de verdade dos enunciados deonticos, entre os quais os do direito, é a existência de uma norma que, por sua vez, envolve uma relação anancástica na medida em que o enunciado normativo se refere a finalidades. A proposição anancástica é pressuposto do discurso normativo porque, sem ela, a verdade da prescrição não se manifesta. Esta verdade somente se pode verificar, de modo direto, através de sua resposta às situações objetivas que se apresentam; levando em conta que tal resposta é uma objetivação

e da propriedade frustra a possibilidade de construção de tutelas para a posse e para o direito de propriedade comprometidas com o pressuposto de efetividade, porque escapam ao conceito os valores inerentes ao fato da posse e à situação proprietária concreta.

O que constitui a essência de validade do direito revela-se *a posteriori*, no momento da concretização e, por isso, não pode ser deduzida do conceito assim como da positividade da lei. A lógica formal pode ser útil para o controle dos resultados da aplicação, mas não explica o direito em toda a sua extensão. Embora deva ser considerado que a lei positiva é elemento integrante da juridicidade, a validade do direito, entretanto, não se esgota na sua existência. A lei positiva constitui o pressuposto de validade do direito, onde a validade pressuposta somente é aferível no processo de concretização. Uma mesma lei pode conter múltiplas possibilidades de validade, mas a realização destas possibilidades de validade depende do confronto entre os da lei positiva e os elementos da situação de fato, que ocorre no processo de concretização do direito⁶².

axiológica contida estruturalmente na própria prescrição, confunde-se essa verdade com a validez, isto é, com as conexões derivadas de juízos axiológicos do enunciado normativo. Mas tal validez implica que o fundamento de verdade do enunciado deontico esteja entrelaçado com a relação anancástica pressuposta, o que conduz à positividade e à vigência histórica da prescrição.” (Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, pág. 128).

b) A importância dos valores

A norma não se resume à estrutura da positividade da lei. O conteúdo da norma encerra uma certa indeterminação que perdura até que iniciado o processo de interpretação e de aplicação do direito. O sentido da normatividade jurídica estrutura-se na perspectiva dos elementos valorativos do caso concreto. A contraposição entre mundo do ser e mundo do dever-ser traduz visão estática do fenômeno jurídico que pode ser facilmente compreendida com o auxílio da lógica formal, mas que não revela a inteireza da juridicidade⁶³.

Na relação entre lei positiva e situação de fato, no âmbito do processo de concretização, a norma adquire sentido⁶⁴ que se constrói mediante uma constelação de valores que determina a solução justa para o caso. O sentido da norma não se antecipa na positividade da lei. A lei contém um projeto de justiça concretizável no processo de

⁶² Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 193.

⁶³ Karl Larenz referindo-se ao pensamento de Friedrich Muller diz que ele questiona a contraposição entre ser e dever ser, entre realidade e norma, "em vez de "norma" e "facto", a estrutura da normatividade jurídica, tal como se apresenta na aplicação prática do Direito. Daqui resulta para ele que "não é apenas a injunção de dever ser, o programa da norma, que contribui para a decisão do caso, mas também, no que toca a uma série de tipos de normas, igualmente a estrutura substancial do âmbito de regulação, da parcela da realidade social relacionada com a norma, o "domínio da norma". Na sua opinião, o texto legal contém somente o "programa da norma." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 155).

⁶⁴ Para Arthur Kaufmann observa Karl Larenz que "O sentido da lei não se deixa averiguar sem o sentido, sem a "natureza" das situações da vida a julgar. A "natureza" da relação da vida vê-a Kaufmann no sentido ou valor nela imanente, que tem de ser "posto de acordo" com o que é intencionado na lei. "Sempre que raciocinamos com base na "natureza das coisas" estamos sempre do mesmo modo perante a situação de facto e perante o valor, experimentamos o insolúvel "entrelaçamento da estrutura de ser e dever ser." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 158).

concretização, ou como afirma Friedrich Muller a lei contém apenas o "programa da norma" que se efetiva na direção da estrutura de valores da situação de fato a ser regulada⁶⁵. No processo de interpretação e de aplicação emerge o direito materialmente justo. Não o justo ideal e abstrato, mas o justo concreto, medido pelos valores da realidade histórica.

A constelação de valores que propicia a concretização do ideal de justiça implícito na ordem jurídica não ocorre de forma automática ou mediante simples dedução lógico-formal. O justo concreto é construído pelo trabalho do intérprete que elege os valores integrantes da lei positiva e da situação de fato capazes de produzir a interação que otimiza o sentido normativo, de modo a aproximá-lo do justo almejado pelo direito e, em última instância, pela sociedade.

A visão de mundo que qualifica a situação hermenêutica do intérprete também interfere no processo de concretização do direito. A interferência, no caso, não permite reconhecer que a aplicação do direito resulte de um subjetivismo arbitrário. Deve-se reconhecer apenas que o intérprete está ele próprio

⁶⁵ Ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pág. 155.

Menelick de Carvalho Netto afirma que Friedrich Muller, na sua teoria estruturante do direito (*Strukturierende Rechtslehre*), faz reflexão a respeito da dicotomia entre norma e fato para superá-la através de teoria que possa assegurar a efetividade das garantias do Estado Democrático de Direito (Ver *Legitimidade e Efetividade da Ordem Constitucional em um Estado Democrático de Direito*, UFMG).

inserido na realidade histórica e que a interpretação jurídica é obra de um sujeito ou de vários sujeitos históricos integrados no processo de construção da juridicidade.

O reconhecimento da natureza valorativa do direito e da importância do processo de concretização permite compreender que o conhecimento jurídico transcende os limites estreitos de uma abordagem lógica, semelhante a das ciências da natureza. Permite também obter uma visão muito mais rica do fenômeno jurídico e do trabalho de construção de tutelas.

Seção 6

Hermenêutica Filosófica e os Pressupostos de uma Nova Racionalidade para o Direito

O paradigma epistemológico que sustentou a concepção conceitual do direito, estruturada de acordo com o modelo dedutivo da lógica formal, é posto em questão com a redescoberta da natureza valorativa do direito, astutamente negada pelo pensamento jurídico moderno. A orientação do direito a valores, notadamente aos valores da realidade fática, passa a exigir nova racionalidade que possa romper com os limites do pensamento formal-positivista consolidado

a partir das premissas do racionalismo cartesiano⁶⁶. A ruptura deve conduzir ao abandono da premissa da separação radical entre lei positiva e situação fática, mediada pela lógica dedutiva. O novo enfoque precisa reconhecer que os valores constituintes da juridicidade se inscrevem na órbita da relação entre lei positiva e realidade fática, com ênfase nos valores desta última.

A orientação do direito para os elementos valorativos da realidade fática confere importância decisiva ao trabalho de interpretação e de aplicação que, deste modo, torna-se elemento indispensável para o conhecimento jurídico. Diferentemente da abordagem normativista e conceitual, que tinha como pressuposto a intelecção racional dos conceitos jurídicos e do sentido normativo, a orientação valorativa do direito submete o conhecimento jurídico ao processo essencialmente dialético de concretização, que integra interpretação e aplicação propriamente dita.

Torna-se necessário, desse modo, identificar os fundamentos de uma racionalidade para o

⁶⁶ Celso Luiz Ludwig, depois de afirmar que *"no terreno da reflexão filosófica, afirmar ou sugerir a necessidade de qualquer racionalidade implica dar conta do problema de sua fundamentação,"* trata dos diversos elementos constituintes das racionalidades e seus reflexos no direito, desde a proposta de uma fundamentação ontológica, baseada na filosofia aristotélica, passando pela fundamentação subjetiva que instaura a modernidade sustentada, basicamente, no pensamento de Descartes, Kant e Hegel, e pela reorientação para uma fundamentação intersubjetiva, apoiada em Apel e Habermas, até chegar a crítica do racionalismo feita a partir do pensamento de Heidegger e Gadamer, na direção de uma razão ou fundamentação hermenêutica. Para o autor, fundamentação e razão são concepções complementares, mas, segundo demonstra, deve-se distinguir razão que é um universal das racionalidades que são da ordem do particular. (Formas de Razão - Racionalidade

direito capaz de contemplar a compreensão do papel da relação indissociável entre os valores integrantes da lei positiva e da situação fática, surgida no bojo do processo de concretização⁶⁷.

A hermenêutica filosófica⁶⁸, em diferentes níveis⁶⁹, com maior ênfase no pensamento de Martin Heidegger⁷⁰ e Hans-Georg Gadamer⁷¹ pode fornecer os elementos necessários para fundamentar a ruptura com o pensamento formalista e para reorientar o direito para o mundo-da-vida⁷².

Jurídica e Fundamentação do Direito, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, pág. 18 e seguintes).

⁶⁷ Sobre o processo de concretização e seus fundamentos de racionalidade, ver Jossef Esser, *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice*, Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

⁶⁸ A respeito da recepção da Hermenêutica filosófica no direito, José Lamego escreve que "O sentido da "recepção" das teses da Hermenêutica filosófica pela Jurisprudência não é estender a fenomenologia da interpretação ao âmbito próprio da aplicação do Direito e da sua elaboração doutrinal. O arrimo às teses da Hermenêutica filosófica intenta antes uma fundamentação filosófica para os procedimentos da prática judicial e da actividade jusdogmática, enquanto estes sirvam para conformar o Direito existente. O aditamento de sentido que se opera em cada nova interpretação e o carácter "único" de cada situação são manifestos na hermenêutica jurídica e daí o "significado exemplar da hermenêutica jurídica", que Gadamer sublinha. (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "Recepção", pág. 92).

⁶⁹ O próprio José Lamego adverte que as referências filosóficas a partir dos fins dos anos sessenta do séc XX tiveram linhas de forças distintas em Helmut Coing, Karl Larenz, Arthur Kaufmann, Friedrich Muller e Josef Esser, entre outros. (Hermenêutica e Jurisprudência - análise de uma "Recepção", pág. 92 e seguintes).

⁷⁰ Ver *Ser e Tempo*, Petrópolis, 5.ª e 6.ª ed., Editora Vozes Ltda, Parte I e II, 1997.

⁷¹ *Ver Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, Petrópolis, 2.ª ed., Editora Vozes Ltda., 1998.

⁷² De acordo com José Lamego poder-se-ia arrolar, em resumo, as ordens de contraposições entre "filosofia reflexiva" e "hermenêutica filosófica: a) à subjetividade abstrata da filosofia reflexiva contrapõe a Hermenêutica a vinculação ao "mundo" e à experiência; b) a uma essência humana abstrata e universal como ponto de referência último, quer do conhecimento, quer da ação, contrapõe a Hermenêutica a irredutibilidade da inserção numa concreta forma-de-vida, pretendendo simultaneamente conservar a correlação entre conhecimento e "experiência" e entre a subjetividade do saber prático e a substancialidade da vida ética comunitária; c) concomitantemente, o modelo de saber proposto pela Hermenêutica é um modelo de saber orientado à situação concreta, permanentemente reportado à particularidade da situação. Quer dizer: a uma metafísica da subjetividade é apresentada como alternativa uma metafísica da intersubjetividade, da "comunicação" (aqui de modo mais nítido nas variantes "hermenêuticas" de Apel ou Habermas ou da "conversação" de Rorty); ao "individualismo" da consciência epistemológica e moral o "holismo" da vinculação à experiência e à concreta forma-de-vida; ao "formalismo" do ideal do conhecimento matemático-demonstrativo, o arrimo ao modo Aristotélico da *phronesis*, proposto por Gadamer." (Hermenêutica e Jurisprudência, pág. 276).

Para a concepção hermenêutica, a justiça que o direito encerra não se revela *a priori*. O que é justo somente se mostra justo no direito na perspectiva do caso concreto, o que implica reconhecer que somente é possível conhecer e compreender o direito como processo, do ponto de vista de sua operacionalidade⁷³. Não basta, portanto, conhecer o direito. É necessário compreendê-lo, o que reclama do intérprete um ponto de vista interno ao sistema jurídico que retira do ato de conhecimento a possibilidade de separação radical entre sujeito e objeto.

A racionalidade hermenêutica estrutura-se através da compreensão surgida da relação entre sujeito e objeto ou entre teoria e prática possibilitada pela interpretação⁷⁴. O processo do interpretar e do compreender reintroduz no ato de conhecimento a consideração do momento da *applicatio*, da experiência, da atividade prática. Interpretação, compreensão e aplicação constituem, desse modo, os elementos fundamentais para uma abordagem hermenêutica do direito.

⁷³ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 224.

⁷⁴ Para Hans-Georg Gadamer "A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 459).

A compreensão deriva da relação entre o intérprete e o texto, materializada no contexto da história. Não se trata de extrair do texto um sentido objetivo e invariável. Da interação entre o intérprete e o texto surge o sentido particularmente único porque reportado à concretude do momento da aplicação, mas que não é objetivo, nem se pretende universal como o conceito. A universalidade do conceito jurídico, neste caso, aparece como dado *a posteriori* que tem como pressupostos teóricos a interpretação e a compreensão. A compreensão é antes de mais nada uma prática que não abdica da teoria, mas exige que a teoria esteja comprometida com a experiência, com a condição existencial do homem de ser-no-mundo⁷⁵, com os valores do mundo-da-vida⁷⁶ e, conseqüentemente, com a finitude⁷⁷. A hermenêutica, desse modo, é filosofia

⁷⁵ De acordo com Martin Heidegger, o ser-no-mundo "não é uma "propriedade" que a pre-sença às vezes apresenta e outras não, como se pudesse ser igualmente com ela ou sem ela. O homem não "é" no sentido de ser e, além disso, ter uma relação com o mundo, o qual por vezes lhe viesse a ser acrescentado. A pre-sença é "primeiro" um ente, por assim dizer, livre de ser-em que, algumas vezes, tem gana de assumir um "relação" com o mundo. Esse assumir relações com o mundo só é possível porque a pre-sença, sendo-no-mundo, é como é. Tal constituição de ser não surge do fato de, além dos entes dotados do caráter de pre-sença, ainda se darem e depararem com ela outros entes, os simplesmente dados. Esses outros entes só podem deparar-se "com" a pre-sença na medida em que conseguem mostrar-se, por si mesmos, dentro de um mundo." (Ser e Tempo, Petrópolis, 6ª ed., Editora Vozes Ltda, Parte I, 1997, pág. 96).

⁷⁶ Para José Lamego a hermenêutica filosófica, ao sublinhar o primado do mundo-da-vida, "procede à dissolução do saber proposicional no ethos ou na praxis, em termos de uma crítica radical ao modelo fundacionalista de sistematização do saber e à "epistemologia". (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "Recepção", pág. 111).

De acordo com Rosa Maria F. Martini, essa forma de racionalidade situa o homem no mundo por meio de um compreender que antecede a compreensão teórica e sua explicitação pelo enunciado. Ser no mundo, diz ela, significa ter como seu ser o cuidado (cura) cujo sentido é a temporalidade ecstática, a temporalidade do sentido humano. (Uma Arqueologia do Conceito de "Mundo da Vida" na Teoria da Ação Comunicativa, in Finitude e Transcendência - Festschrift em Homenagem a Ernildo J. Stein, organizado por Luiz A. de Boni, Petrópolis, Edipucrs/Editora Vozes Ltda, 1996, pág. 682 e seguintes).

⁷⁷ De acordo com Hans-Georg Gadamer a experiência "ensina a reconhecer o que é real. Conhecer o que é vem a ser, pois, o autêntico resultado de toda experiência e de todo querer saber em geral. Mas o que não é, neste caso, isto ou aquilo, "mas o que já não pode ser revogado" (Ranke). A

prática que retoma a tradição aristotélica da *phroenis*, da virtude e da ética⁷⁸.

Compreender mediante o interpretar significa admitir a impossibilidade teórica de um conhecimento definitivo e acabado do objeto, expresso na universalidade intemporal e a-histórica do conceito⁷⁹. Significa admitir a impossibilidade de conceitos de posse e de propriedade universalmente válidos.

A interpretação reconstrói o texto e estrutura sentido que nunca toma uma forma definitiva porque existe um resto que sempre escapa ao intérprete e ao ato interpretativo. O texto, portanto, nunca é definitivo, acabado. Aceitar a possibilidade teórica de

verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, o poder fazer e a auto-consciência de uma razão planificadora encontra seu limite. Mostra-se como pura ficção a idéia de que se pode dar marcha-a-ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que, de um modo ou de outro, tudo retorna. Quem está e atua na história faz constantemente a experiência de que nada retorna. Reconhecer o que é não quer dizer aqui reconhecer o que há num momento, mas perceber os limites dentro dos quais ainda há possibilidade de futuro para as expectativas e os planos: ou, mais fundamentalmente, que toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada. A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade. Com isso a discussão do conceito de experiência alcança um resultado que será particularmente fecundo para a nossa pergunta acerca do modo de ser da consciência da história efetual. Como autêntica forma da experiência terá que refletir a estrutura geral da experiência. Assim, teremos de buscar na experiência hermenêutica os momentos que antes tínhamos distinguido na análise da experiência." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 527/528).

⁷⁸ Segundo Hans-Georg Gadamer "Aristóteles mostra que toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção." E continua "É claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 473/474).

⁷⁹ Ernildo Stein assinala que "Quando não posso estabelecer empiricamente a verdade de uma proposição, utilizo a verdade absoluta. A minha proposição é verdadeira porque existe um fundamento último. Essas sempre foram as duas alternativas da filosofia: ou existe um fundamento empírico da verdade ou então existe um fundamento último da verdade. Se tenho um fundamento último, então algo é verdadeiro. A hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta - é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude." (Aproximações sobre Hermenêutica, Porto Alegre, Edipucrs, 1996, pág. 45).

um sentido acabado do texto legal equivale a negar à lei a qualidade de fonte reprodutora no tempo do justo e da juridicidade. A interpretação marcada pela particularidade dos valores da realidade fática não esgota as possibilidades de sentido do texto legal⁸⁰. Consequentemente, o que seria lacuna para a concepção formal-positivista do direito, na abordagem hermenêutica, revela-se necessidade de interpretação.

A hermenêutica filosófica tenta superar o pressuposto racionalista que confronta sujeito e objeto, porque reconhece que o ato de conhecimento está marcado pela experiência e pelos valores do mundo-da-vida. A compreensão surge da relação existencial entre o sujeito que compreende e a realidade histórica em que inserido o objeto do compreender e a totalidade da compreensão. A presença do intérprete no mundo determina e é determinada pela compreensão. Por isso, o compreender supera a especulação dedutiva do sujeito diante do objeto e do mundo. O ser⁸¹ que compreende é ser-no-mundo marcado pelo existencial da compreensão. Somente é possível identificar os elementos necessários à construção de tutelas comprometidas com a efetividade dos direitos,

⁸⁰ Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pág. 228.

⁸¹ Para Martin Heidegger "a compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença." (*Ser e Tempo*, Parte I, pág. 38). A abertura do ser para o mundo questiona a possibilidade da separação entre fatos e ser e da construção de uma ontologia do ser.

notadamente da posse e do direito de propriedade, a partir da compreensão do sentido e do valor da posse e da propriedade no contexto das relações sociais e de produção em que se insere inclusive o intérprete.

A compreensão tem estrutura circular, surgida da interação entre sujeito e objeto, no contexto social e histórico. O círculo hermenêutico⁸² da compreensão tenta superar os limites da filosofia racionalista e do modelo de conhecimento fundado no mito do sujeito racional.

A estrutura circular da compreensão diz respeito ao modo de acesso ao conhecimento e à relação dialética - não necessariamente positiva ou de superação de contradições⁸³ - estabelecida entre o

⁸² A respeito do círculo hermenêutico Martin Heidegger escreve que "Não se trata de equiparar compreensão e interpretação a um ideal de conhecimento que determinado em si mesmo não passa de uma degeneração e que, na tarefa devida de apreender o ser simplesmente dado, perdeu-se na incompreensão de sua essência. Para se preencher as condições fundamentais de uma interpretação possível, não se deve desconhecer as suas condições essenciais de realização. O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo da compreensão não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a estrutura-prévia existencial, própria da presença. O círculo não deve ser rebaixado a um vitiosum, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida do modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos ou "chutes". Ela deve, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria pre-sença, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a idéia de rigor das ciências mais exatas. A matemática não é mais rigorosa do que a história. É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes. O "círculo" da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta. O ente em que está em jogo seu próprio ser como ser-no-mundo possui uma estrutura de círculo ontológico. Deve-se, no entanto, observar que, se do ponto de vista ontológico o "círculo" pertence a um modo de ser do que é simplesmente dado, deve-se evitar caracterizar ontologicamente a pre-sença mediante esse fenômeno." (Ser e Tempo, Parte I, pág. 210/211).

⁸³ A estrutura circular da compreensão se mostra compatível com uma concepção dialética do conhecimento jurídico, qualificada como negativa, a partir do postulado por Theodor W. Adorno (Ver a esse respeito Marcos Nobre, A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso, São Paulo, Fapesp/Editora Iluminuras Ltda, 1998).

intérprete e o texto objeto da interpretação⁸⁴. A compreensão do sentido do texto não está dada de antemão. O sentido do texto surge da interação entre o intérprete e o texto estruturada pela circularidade que faz o intérprete distanciar-se e retroceder ao texto tantas vezes quantas necessárias para consumir-se a compreensão⁸⁵. Neste processo de aproximação e de distanciamento, o sentido do texto adquire substância porque incorpora as perspectivas de sentido que se revelam no texto e na realidade fática, durante a interpretação, confrontadas com o horizonte de sentido⁸⁶

⁸⁴ Esta relação dialética também não se confunde com a dialética da antinomia entre subjetividade e objetividade, que está na base da teoria da interpretação de Emilio Betti, porque o pensamento bettiano, conforme ressalta José Lamago, pressupõe a hipótese de um compreender externo à história. (Ver de Emilio Betti, *La Teoria Generale della Interpretazione*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, vol. I, pág. 136 e seguintes; de José Lamago, *Hermenêutica e Jurisprudência*, pag. 194 e 195).

⁸⁵ Karl Larenz escreve que "A imagem do "círculo" não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida - então tratar-se-ia de uma tautologia -, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexo do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que rectificar a sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este rectifica então a sua conjectura. O processo de olhar para a frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global - por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou idéia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o carácter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida." (*Metodologia da Ciência do Direito*, pág. 243).

⁸⁶ Este horizonte de sentido está relacionado a idéia de horizonte histórico que permite ao intérprete compreender o passado e o presente da tradição em que está inserido e por meio dessa compreensão projetar o futuro. A compreensão é então a fusão de horizontes tornada possível pela interpretação e pelo contexto histórico em que inseridos o ato interpretativo e o intérprete. A esse respeito, Hans-Georg Gadamer afirma que "Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos." (*Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, pág. 457).

prefigurado pelo próprio intérprete, a partir de sua situação hermenêutica⁸⁷.

O intérprete que participa da estrutura circular da compreensão não se reconhece desde logo sujeito portador de uma racionalidade que não está situada no mundo e na estrutura mesma do compreender. Ele é ser que integra a totalidade do mundo da compreensão e que, portanto, já antecipa uma pré-compreensão⁸⁸ que se lhe permite inserir, pela interpretação, na situação particular do compreender. Conforme ressalta Larenz⁸⁹, a pré-compreensão é o resultado do processo de aprendizagem e da experiência

⁸⁷ Para Ernildo Stein situação hermenêutica é o lugar que cada investigador atinge, a partir do qual ele pode fazer uma investigação sistemática em determinado campo (Aproximações sobre Hermenêutica, pág. 53). O conceito de situação, diz Hans-Georg Gadamer, se caracteriza por não nos encontrarmos diante dela, mas de estarmos nela. Para ele, "já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa, e esta nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se. Todo saber-se procede de um dado histórico prévio, que chamamos, com Hegel, "substância", porque suporta toda opinião e comportamento subjetivo e, com isso, prefigura e delimita toda possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica. A partir disso a tarefa da hermenêutica filosófica pode ser caracterizada como segue: tem de refazer o caminho da fenomenologia do espírito hegeliana, até o ponto em que, em toda subjetividade, se mostra a substancialidade que a determina." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 451).

⁸⁸ Conforme enfatiza José Lamago, "Não existe um acesso ao objeto por parte do sujeito livre do condicionamento deste último, que projecta necessariamente na sua actividade de conhecimento a sua própria personalidade. A antecipação da compreensão, a pré-compreensão, dá conta da determinação histórica e situacional do fenómeno da compreensão. (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "Recepção", pág. 135). Mas Hans-Gerog Gamdamer adverte que "A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de um Hermenêutica Filosófica, pág. 439/440).

⁸⁹ Ver Metodologia da Ciência do Direito, pág. 244.

que, todavia, não se restringe ao aspecto profissional, mas à experiência do ser enquanto ser-no-mundo.

A pré-compreensão não se confunde com preconceito e não pode se deixar guiar, como adverte Heidegger⁹⁰, por concepções prévias ou conceitos ingênuos. A pré-compreensão deve ser entendida como possibilidade de abrir-se para o outro e de não se deixar convencer apenas por opiniões prévias e arbitrárias. Na relação entre o intérprete e o texto, o texto é o outro que fala ao intérprete e que é falado por ele⁹¹. É dessa relação que surge a compreensão e é através dela que está pressuposta a idéia de pré-compreensão.

A totalidade da compreensão, a que se integra a pré-compreensão considerada experiência particular do compreender, resulta do objetivo de construção de sentido que possa dar conta da explicação da experiência do homem no mundo. É pela interpretação e pela compreensão que se torna possível compreender a

⁹⁰ Ver Ser e Tempo, pág. 210.

⁹¹ A esse respeito escreve Hans-Gerog Gadamer que "A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado da coisa, e já se encontra sempre determinado por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto - até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, (deve estar) disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 405).

universalidade do que pode ser compreendido. Todo o sentido do mundo se mostra pela compreensão.

Mas o que constitui a compreensão em última análise é linguagem. Através da linguagem se estrutura a compreensão do ser-no-mundo⁹². O saber voltado para a experiência e para a *praxis* está marcado pela linguagem⁹³ que torna possível o ato interpretativo e a relação interativa entre sujeito e objeto, que são pressupostos necessários para o achamento do sentido⁹⁴.

A utilização dos postulados da hermenêutica filosófica e da filosofia da linguagem no direito, ao mesmo tempo em que viabiliza o rompimento com a racionalidade formal-positivista, permite reorientar o enfoque do conhecimento jurídico para a assimilação da pauta de valores integrantes da realidade fática que passa, inclusive, a nortear o

⁹² Hans-Georg Gadamer afirma que "o ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação. Por isso, não falamos somente de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 687).

⁹³ É preciso pensar diz Ernildo Stein "que a filosofia trata da linguagem como objeto privilegiado, não trata a linguagem como um objeto entre outros, mas analisa a linguagem como forma em que tudo se dá. O acesso aos objetos se dá através do significado, através da linguagem. Então, por exemplo, todo o repertório que se refere àquilo que constitui a linguagem, era um repertório detidamente analisado. Por exemplo, o que é juízo, o juízo que eu faço sobre o objeto, afirmando ou negando algo? O que é uma sentença? O que é uma proposição? O que é um enunciado? Qual o conteúdo de uma proposição ou que se chama de conteúdo proposicional, ou o que é um estado de coisas? Isso era objeto de análise: mostrar que a relação entre sujeito e objeto tem um fundamento dado desde o sentido que acompanha o ser-no-mundo. Naturalmente em primeiro lugar se teria a necessidade de distinguir, na linguagem e pela linguagem, algo que era condição de possibilidade da linguagem. A ficção que parece se impor é nós sermos capazes de nos pormos do lado de fora da linguagem e falarmos assim sobre ela. Não podemos falar do lugar da não-linguagem sobre a linguagem. Só falamos de dentro da linguagem sobre a linguagem." (Aproximações sobre Hermenêutica, pág. 25).

⁹⁴ Conforme enfatiza José Lamago, a tarefa fundamental da hermenêutica que é dar conta de um conhecimento pré-predicativo, vivencial, implícito pode ser viabilizada por uma filosofia da linguagem e por uma teoria do significado que permita relacionar o que é dito e o que é implicado. (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "Repecepção", pag. 136).

processo de concretização. Conforme adverte José Lamago, não se trata de simples transposição de conceitos filosóficos para o âmbito do direito, sem atentar para as especificidades próprias do campo jurídico⁹⁵. Trata-se de inserir os postulados da hermenêutica filosófica e da filosofia da linguagem no processo de construção de uma nova racionalidade para o direito⁹⁶ que tenha como relevante a natureza cultural do fenômeno jurídico e que permita a construção do justo concreto, ou seja, da justiça que possa ser experimentada, vivida e partilhada, que adquira sentido humano e histórico. De forma específica, esta nova racionalidade deve ser capaz de assimilar a construção de tutelas para a posse e para o direito de propriedade materialmente justos.

A construção do justo arraigado no mundo-da-vida não deve perder de vista a promessa de concretização do horizonte de justiça aprisionado por um idealismo conceitual, sinônimo de injustiça no mundo

⁹⁵ José Lamago diz que "a recepção de doutrinas filosóficas pela Jurisprudência manifesta frequentemente o vício de aceitação acrítica de enunciados característicos de certas doutrinas filosóficas (tomismo, hegelianismo, filosofia da existência, etc) e a pretensão da sua "aplicabilidade" ao domínio de objecto da Jurisprudência. Arthur Kaufmann lança prevenções contra esta "aplicação desnorçada" (anwenderei) de doutrinas filosóficas à solução de problemas especificamente jurídicos. Todavia, a "recepção" de certas concepções filosóficas nem sempre é sistema de "filosofismo", mas cifra-se numa busca de justificação para procedimentos de "ajustamento" requeridos ao juiz ou ao cientista do Direito. Ou seja, não se consubstancia numa extensão das teses de correntes filosóficas ao âmbito da Jurisprudência, mas é também ela potenciada, em última análise, por problemas práticos. Isso é particularmente claro no que toca ao arrimo às teses da Hermenêutica filosófica enquanto tentativa de fundamentação de uma concepção de "Jurisprudência de valoração", "legitimando" os procedimentos de argumentação "extra-sistemática"." (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "Recepção", pág. 103/104).

⁹⁶ O problema é o de viabilizar uma fundamentação, no sentido defendido por Celso Luiz Ludwig que venha dar conta do problema da racionalidade de uma abordagem do direito orientada a valores e à

administrado da sociedade de consumo do capitalismo tardio. A injustiça experimentada no presente deve ser denunciada pela dialética negativa pelo que é para que se mantenha a expectativa de construção do ideal de justiça que também se inscreve no presente como promessa de concretização.

A perspectiva de concretização do horizonte histórico de justiça, possibilitada pela hermenêutica filosófica e pela filosofia da linguagem, fornece ao intérprete a consciência crítica que conduz o processo de construção do direito para a fusão de horizontes⁹⁷ entre o que deve ser o justo concreto do presente e a promessa de justiça que permanece irrealizada.

A construção do justo concreto, a partir do acesso hermenêutico ao direito, leva à problematização do caso. O conhecimento jurídico e a atividade interpretativa são reinseridos no âmbito da *prudentia*, ou seja, da tradição aristotélica da filosofia prática⁹⁸.

concretude do mundo. (ver Formas de Razão - Racionalidade Jurídica e Fundamentação do Direito, pág. 10 e seguintes).

⁹⁷ Sobre a idéia de fusão de horizontes ver Ernildo Stein, *Aproximações sobre Hermenêutica*, pág. 74 e seguintes.

⁹⁸ A *philosophia practica* da tradição aristotélica, de acordo como José Lamago, "*dirige-se ao esclarecimento dos fins da acção humana bem como das condições e possibilidades da sua realização. No discurso prático, trata-se de discorrer sobre os fins da acção e, por conseguinte, de conferir validade a um tipo de discurso que se não esgote no puro conhecimento, mas que se oriente à acção. O discurso prático é um discurso em vista de algo. Deste modo, a caracterização da Jurisprudência como disciplina "prática" não significa somente - como em Heck e na Jurisprudência dos interesses, com evidente despreocupação filosófica - que ela se ocupe ou deva ocupar em primeira linha com a *Entscheidungspraxis* judicial. Enquanto disciplina "prática", a Jurisprudência ordenar-se-ia não ao "conhecimento puro" (*theoria*), mas ao "agir correcto" e à realização do "bem comum" desideratos que na filosofia aristotélica eram conotados pela noção de*

Hans-Georg Gadamer equipara a hermenêutica filosófica à filosofia prática de matriz aristotélica ao afirmar que o problema hermenêutico se aparta de um saber puro, separado do ser⁹⁹.

A particularidade dos valores da situação fática demanda um saber prático que permita ao intérprete compreender o sentido do justo não como algo inscrito no texto de antemão, mas como valor que se revela no ato interpretativo, na relação entre o texto e os fatos. O intérprete reconhece o valor do justo concreto porque vivencia a experiência dos valores da realidade histórica e, desse modo, o que é e

praxis e postulavam a virtude dianoética da phronesis (na sua tradução latina, na prudentia). Por esta via, devolver-se-ia à Jurisprudência a sua verdadeira significação de Juris-prudentia, obliterada pela tradição positivista e pela imposição de um paradigma de racionalidade de matriz exclusivamente teórica (negando a possibilidade de uma argumentação racional sobre os fins da acção humana, a viabilidade de um discurso prático racional), bem como, de igual modo, pela afirmação daquele tipo de autoridade (Herrschaft) que Weber denominava de "legal-racional" e a função que, num esquema de divisão tripartida dos poderes, ia assinalada à actividade judicial (função declarativa dos tribunais). Deste modo, a interpretação do Direito deixaria de ser entendida de acordo com o que era reclamado pelo "paradigma dogmático-exegético" e o juiz deixaria de ser concebido como "burocrata" (Weber) - destituído de legitimidade originária -, passando a ser visto de acordo com o modelo (elitista) do prudente, exercitando a virtude dianoética da phronesis, em vista à realização do "bem comum". E enquanto disciplina prática, a Jurisprudência dirigir-se-ia não ao conhecimento do "objeto" direito, mas seria um agir mediador na realização da "possibilidade" do "melhor direito". E, nesta conformidade, o direito não seria suscetível de ser definido em termos de propriedades descritivas (como sustenta o positivismo metodológico ou conceptual), mas comportaria uma dimensão de valor. A Jurisprudência serviria, assim, à realização do "justo". (Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de um "Recepção", pág. 200/201).

⁹⁹ Segundo H. G. Gadamer "se, a modo de conclusão, colocarmos em relação com o nosso questionamento a descrição aristotélica do fenómeno ético, em particular, da virtude do saber moral, então a análise aristotélica se nos apresenta como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica. Também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenómeno da compreensão, mas que o determina desde o princípio e no seu todo. Tampouco aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que o texto transmitido seja, para ele, algo dado e compreendido como um algo geral que pudesse ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. Pelo contrário, o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, pág. 481/482).

o que deve ser justo torna-se compreensível para ele¹⁰⁰
101 .

A reaproximação entre hermenêutica jurídica e a filosófica prática de matriz aristotélica revigora no âmbito do direito a concepção material dos institutos jurídicos e dos valores da justiça. O pensamento categorial do mundo dos conceitos é substituído pelo pensamento tópico e prudencial de questionamento dos elementos constituintes do problema, que pode tomar a forma do ensaio, mais apropriada à natureza das ciências culturais, e que já não reclama a forma de demonstração lógico-dedutiva¹⁰².

O pressuposto argumentativo e problemático do pensamento tópico é compatível com uma racionalidade hermenêutica para o direito voltada para a consideração dos valores do caso concreto, desde que

¹⁰⁰ Está com a razão Giuseppe Zaccaria quando afirma que *"L'obiettivo della teoria ermeneutica del diritto, che avverte la necessità di una riflessione metodologica sulla prassi, che dia per acquisita l'avvenuta interazione tra pensiero sistematico e pensiero problematico nella giurisprudenza, è indubbiamente quello di conseguire un più realistico e soddisfacente rapporto tra teoria e prassi giuridica, capace di superare l'intrinseca debolezza di una teoria giuridica che, fin dalle radici, nell'Illuminismo come nel Romanticismo, si è di fatto caratterizzata per un suo "idealismo" e "platonismo" di fondo. Oggi infatti - essa avverte polemicamente - la metodologia accademica tradizionale "non rappresenta per il giudice né un aiuto né un controllo". La necessaria e insopprimibile distanza tra l'universalità della norma e la particolarità di ogni caso concreto rende indispensabili un'opera inesauribile di "integrazione produttiva del diritto" e costringe a porre al centro dell'attenzione metodologica l'idea di Engisch della concretizzazione del diritto, come metodo capace di produrre sempre nuove conoscenze."* (L'Arte Dell'Interpretazione -Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, pag. 85/87).

¹⁰¹ A compreensão dos valores da realidade social e histórica não substitui a validade normativa pela idéia de vivências de validade, defendida por Alf Ross, porque o compreender hermenêutico não objetiva substituir o normativismo por um paradigma equivalente, baseado numa suposta objetividade das condutas reais. (Ver Alf Ross, *Hacia Una Ciencia Realista Del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, pág. 88 e seguintes).

¹⁰² A racionalidade hermenêutica aproxima o direito das ciências culturais onde os critérios de verificação ocorrem no interior da relação que se estabelece entre teoria e prática ou entre norma e fato, mediante procedimento ensaístico de correlação entre teoria e experiência influenciado pela presença irredutível do sujeito cognoscente.

não reduzido o pensamento tópico a uma teoria da argumentação, potencialmente obstaculizadora da estrutura circular da compreensão^{103 104 105}.

Está pressuposto no pensamento tópico a possibilidade de múltiplas soluções para o problema. Inverte-se, desse modo, a polaridade sistematizadora do conhecimento. Substitui-se o princípio de que o sistema determina a existência de solução única para o problema pelo princípio de adaptação do sistema à solução mais adequada para o problema¹⁰⁶. Interessa determinar, portanto, a posse e o direito de propriedade concretamente justos nos seus desdobramentos porque são estes valores de justiça

¹⁰³ Sobre as possibilidades de uma teoria da argumentação ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pág. 179/180.

¹⁰⁴ De acordo com Theodor Viehweg, "o ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema. Aristóteles sublinhou isto em várias ocasiões: as primeiras palavras de sua tópica já o dizem (cf. supra, § II, I, 2). De acordo com elas, a organização proposta, que ele empreende na tópica, é uma organização segundo zonas de problemas (cf. supra § II, I, 3). Pois "aquilo em torno do que os raciocínios giram são os problemas" (Aristóteles, *Top.* 1, 4, 2, 2). Ademais, Aristóteles introduziu em seu próprio trabalho filosófico o estilo mental dos sofistas e dos retóricos, sobretudo quando teve que tratar de uma minuciosa discussão de problemas. As investigações sobre as aporias no livro terceiro da *Metafísica* são um bom exemplo disso. Nasceu assim seu famoso método de trabalho aporético (1), que é exemplar para a filosofia moderna (24). O termo *aporia* designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a "falta de um caminho", a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina *dubitatio*, (2). A tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É portanto uma técnica do pensamento problemático." (*Tópica e Jurisprudência*, pág. 31).

¹⁰⁵ Ainda sobre a relação entre tópica, argumentação e hermenêutica e a defesa da idéia de que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa ver Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Editora e Livraria Renovar Ltda., 1999.

¹⁰⁶ A respeito da relação entre sistema e problema, Theodor Viehweg cita Nicolai Hartmann que afirmou que "o modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados como uma questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se." A isto acrescenta uma série de considerações, que termina com a seguinte frase: "(o modo de pensar aporético) não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção." (*Tópica e Jurisprudência*, pág. 35).

material que devem ser assimilados e tutelados pelo sistema jurídico. Não há lugar para uma concepção uniforme de posse ou de propriedade, onde a uniformidade está conceitualmente determinada pelo sistema. Perante o sistema jurídico, reconhecido aberto e ordenado a partir de valores e fins, a tópica assume função ordenadora porque a problematização do caso confere racionalidade a valores e fins aparentemente inconciliáveis com o princípio de sistematização.

O confronto entre a lei positiva e os valores da situação fática enriquece o conteúdo da norma pelo acréscimo de sentidos. Somente quando o conteúdo da lei positiva, em confronto com os valores do caso concreto, venha a se revelar injusto é que estaria aberta a oportunidade do reconhecimento de que a regra legal não dispõe de força regulatória. Para esses casos especiais, o próprio sistema jurídico, em geral, já indica a solução alternativa, de modo que não se pode imputar ao pensamento tópico ou a orientação hermenêutica do direito para os valores do caso concreto caráter anti-normativo e anti-sistêmico¹⁰⁷.

A discussão pressuposta pelo pensamento tópico permite ao intérprete refletir acerca dos *topoi* adequados para a solução do problema

¹⁰⁷ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 240.

colocado pelo processo de concretização do direito¹⁰⁸. Não se trata, desse modo, de uma discussão e de uma argumentação que tenha por objetivo demonstrar o melhor argumento e a melhor solução. A discussão problematizadora deve ser entendida como reflexão necessária em torno das premissas e dos pontos de vista que possam indicar a solução justa para o caso concreto. A reflexão que a tópica permite, e que adota a forma do ensaio, está de acordo com a dialética que caracteriza o processo de concretização do direito, apoiado nas premissas da hermenêutica filosófica e da filosofia da linguagem.

A discussão reflexiva do pensamento tópico e prudencial não pode ignorar o princípio da normatividade e a necessária vinculação da solução proposta para o caso à lei positiva¹⁰⁹. Nada impede, porém, que a própria lei positiva constitua uma das premissas sujeitas à reflexão do intérprete, durante o processo de achamento do justo concreto.

¹⁰⁸ Segundo Plauto Faraco de Azevedo, os *topoi* devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação do pensamento. (Ver Do Método Jurídico - Reflexões em Torno da Tópica, in *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n.º 64, Julho de 1995, pág. 5 e seguintes).

¹⁰⁹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 237.

SEGUNDA PARTE

**FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS CONCEITOS DE POSSE E DE
PROPRIEDADE**

Capítulo III

Posse

Seção 7

Direito Romano: Interditos. Princípios e Conseqüências

Sem a compreensão da configuração histórica, social e econômica do fenômeno jurídico não é possível tutelar os direitos de forma efetiva. O problema da tutela efetiva da posse e da propriedade não se refere apenas ao processo. Diz respeito a metodologia interpretativa, ao direito material e à relação instrumental entre direito material e processo.

Os conceitos jurídicos, em especial os de posse e propriedade, incorporam no seu conteúdo elementos de natureza histórica. Para assegurar validade universal, o conceito jurídico ignora a historicidade do direito. No mundo jurídico, porém, a universalidade do conceito está em permanente tensão com a concretude do que é particular e factual¹. É no direito, notadamente em relação à posse e ao direito de propriedade, onde talvez se revela mais dramática e necessária a construção e a defesa de conceitos

¹ Ver supra seções 5 e 6.

orientados pelo que Hegel denominou de universal concreto².

A validade do conceito jurídico não pode ser inferida do próprio conceito, tomado de forma isolada e convertido em realidade supraempírica, sob pena de reduzir-se a compreensão do direito a um positivismo estanque e, conseqüentemente, avesso ao que o ato de conhecimento pode conceber de inovador na ciência. A validade do conceito jurídico surge no processo de concretização, na relação entre os elementos do conceito e os valores da realidade fática que constituem o substrato conceitual³.

O conceito jurídico situado na história permite compreender o que nele se cristalizou, tomado de uma determinada época, e que, pelo trabalho interpretativo, passou a ser reconhecido válido e aplicável a outras realidades históricas, quase sempre com características diversas. O dinamismo da realidade histórica provoca mudanças que alteram o perfil da

² Ao tratar do conceito de vontade como ponto de partida do direito, Hegel afirma que "toda a consciência se concebe como um universal - como possibilidade de se abstrair de todo o conteúdo - e como um particular que tem um certo objecto, um certo conteúdo, um certo fim. No entanto, estes dois momentos são apenas abstrações; o que é concreto e verdadeiro (tudo o que é verdadeiro é concreto) são o universal que tem no particular o seu oposto, mas num particular que, graças à reflexão que em si mesmo faz, está em concordância com o universal." (Princípios da Filosofia do Direito, Lisboa, Guimarães Editores, Lda., 1986, pág. 30).

³ De acordo com Fredric Jameson, no âmbito filosófico, "o conceito é a forma forte de identidade, subsumindo uma grande variedade de objetos diferentes, realmente existentes sob o mesmo termo ou pensamento (os objetos sendo diferentes por definição, dado que todos eles existem separadamente). O primado do conceito implica, portanto, um momento histórico no qual os universais advêm, no qual as abstrações são arrancadas do fluxo primevo dos nomes simples que, ao que parece, caracterizariam o pensamento pré-conceitual" (O Marxismo Tardio - Adorno, ou a Persistência da Dialética, São Paulo, Fundação Editora Unesp/Boitempo Editorial, 1997, pág. 37). A formulação do filósofo relacionada aos conceitos filosóficos pode ser estendida aos conceitos jurídicos.

continuidade valorativa pressuposta no momento em que forjado o conceito. Uma análise da posse e do direito de propriedade onde negligenciada a relação indissociável entre o conceito e os valores da realidade fática perde de vista a dimensão mutável, contingente e precária, por isso mesmo rica, da dinâmica histórica. Ao mesmo tempo, reduz no conceito o que nele existe de mais fértil que é a capacidade de incorporar o novo sem necessariamente perder validade científica⁴.

A correta compreensão do conceito jurídico exige postura crítica por parte do sujeito cognoscente. A análise crítica do conceito e a constatação da influência de elementos históricos na sua constituição podem ser alcançados visto o conceito na perspectiva do não-conceitual, do que falta, do que não se deixa apreender pela abstração e pela pretensão de universalidade. Do que não está contido no conceito. Esta postura metodológica, em essência crítica, não nega a existência do conceito. O que é questionado é a pretensão de validade universal do conceito. A crítica do conceito do ponto de vista do não-conceitual torna possível identificar o momento histórico e o ponto de inflexão teórico que, em relação à posse e ao direito

⁴ Luiz Edson Fachin afirma que "o direito é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o direito civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade." (Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 2000, pág. 186).

de propriedade, possibilitam o reinício da construção do novo numa realidade que tende a mostrar-se histórica e conceitualmente paralisada, imutável e negadora da dialética. A realidade que nega a dialética, que resiste e que reinventa o mesmo de forma incessante e diabólica, que não contém o novo, o acontecer⁵, deve ser denunciada no que é e naquilo que não pode ser por uma dialética negativa^{6 7}.

Tratando-se dos conceitos de posse e propriedade também é importante verificar a correlação existente entre a construção conceitual e as exigências ditadas pelo modelo econômico e pelas relações sociais e de produção predominantes na

⁵ Sobre a mesmice cultural da sociedade de massas ver Theodor W. Adorno, *Dialética do Esclarecimento*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1985, pág. 113 e seguintes e, do mesmo autor, *Primas - Crítica Cultural e Sociedade*, São Paulo Editora Ática, 1998, pag. 91 e seguintes.

⁶ Marcos Nobre reproduz texto introdutório da obra "Dialética Negativa" onde Theodor Adorno afirma que "a formulação dialética negativa peca contra a tradição. Já em Platão, a dialética quer que se produza um positivo por meio da negação; mais tarde, a figura de uma negação da negação designou isso de modo marcante. O livro gostaria de libertar a dialética dessa essência afirmativa sem perder nada em determinidade." Em seguida, Marcos Nobre afirma que "a dialética negativa é a teoria da ilusão de identidade socialmente necessária porque, na verdade, "todos os conceitos - mesmo os filosóficos - dirigem-se para o não-conceitual, porque são de sua parte, momentos da realidade que obriga que eles se formem - primariamente para fins de dominação da natureza." Para Adorno, portanto, segundo Marcos Nobre "a dialética é a consciência conseqüente da não-identidade. Ela não recebe de antemão um ponto de vista. O pensamento é levando até ela por sua insuficiência inevitável, por sua culpa para com aquilo que pensa." Sobre a "insuficiência inevitável" de que fala Adorno, Marcos Nobre diz que "é propriamente o tema da dialética que se qualifica como negativa, pois ela está na base da ilusão de identidade. A "insuficiência inevitável" mostra por que se trata de uma "ilusão necessária": se "pensar quer dizer identificar", então sua unidade com seu outro é real e ilusória ao mesmo tempo. E a insuficiência do conceito, a sua impossibilidade de vir a realizar ou de dar por realizada a sua identidade com o objeto, determina o pensamento como dialético, o que quer dizer aqui: o pensamento toma sua própria insuficiência como tema." (A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso, São Paulo, Fapesp-Editora Iluminuras Ltda, 1998, pág. 163, 164 e 165). Não se trata de liquidar a sistematicidade do conceito, mas de, através da dialética negativa, reconhecer a insuficiência da formulação conceitual e de pensar os limites do próprio conceito.

⁷ A dialética negativa é compatível com os postulados da hermenêutica filosófica e da tópica na proporção em que questiona a validade do conceito da perspectiva do não-conceitual, da realidade histórica e dos valores da experiência concreta do mundo-da-vida. Através da dialética negativa pode revelar-se o que na compreensão e no compreender existe de mais rico para o ato de conhecimento que é a permanente insuficiência do conhecimento que exige do intérprete e do cientista a busca constante de uma verdade que não se concebe como definitiva e que, portanto, potencializa a criação e a criatividade.

sociedade, em determinado momento histórico. O modelo econômico e a configuração das relações sociais e de produção são elementos determinantes dos contornos dos conceitos jurídicos de posse e de propriedade. Mediante a consideração de elementos sócio-econômicos incorporados aos conceitos de posse e propriedade, é possível determinar a extensão da funcionalização e a reorientação humanista da posse e do direito de propriedade perseguida pelo direito civil contemporâneo.

De modo a facilitar a compreensão dos conceitos na sua gênese, neste primeiro momento, é realizada análise separada da posse e da propriedade. Conhecidos os fundamentos conceituais dos institutos em separado, será possível, mais adiante, estabelecer correlações que permitam identificar semelhanças e dessemelhanças e, principalmente, o que seja indispensável para a funcionalização sintonizada com os desafios de construção de tutelas e de garantia de efetividade da posse e do direito de propriedade.

Antes de tratar do conceito jurídico de posse para os romanos é conveniente traçar o perfil social e político de Roma.

A história política de Roma pode ser dividida tomando-se como ponto de partida a realeza que perdura até 510 a.c. e que é sucedida pelo período

republicano que vai até 27 a.c. O principado termina em 284dc e daí em diante a monarquia passa a ser o regime adotado até a morte de Justiniano, que ocorre em 565dc.

No período republicano a atividade agrária predominante entre os antigos romanos sofreu desestímulo. Ampliou-se a concentração da propriedade, apoiada na escravidão e na estratificação de classes sociais, com o conseqüente empobrecimento do camponês. O processo de concentração da propriedade se intensificou durante o principado e a monarquia, e culminou com a oposição entre grandes proprietários de imóveis e trabalhadores, urbanos e rurais.

O modelo da economia romana estava fundamentalmente apoiado na escravidão.

Do ponto de vista social e político, a sociedade romana somente experimentou um certo avanço democrático no período republicano, em que pese perdurar diferenciações de *status* de cidadania.

A república, que coincidiu pelo menos em parte com o chamado período clássico do direito romano, propiciou avanços de ordem teórica e prática no campo jurídico. A equidade ganhou relevância na aplicação do direito⁸. Nesse período, os

⁸ Quando trata do desenvolvimento do direito romano Ebert Chamoun ressalta que "O formalismo é a característica essencial do direito antigo. Os atos jurídicos revestem-se de solenidades que devem ser cumpridas à risca para que produzam os seus efeitos. Não é possível alterá-las sequer para atender às exigências da equidade. Os atos jurídicos são ainda típicos, isto é, moldam-se em esquemas fixos que não admitem modificações nem ampliações. Por outro lado, o direito antigo é assaz impregnado de religião, da religião doméstica dos antigos romanos: muitas são as normas

jurisconsultos romanos reconheceram a posse como fato distinto da propriedade.

Paralelamente à concentração da propriedade ocorreu uma certa sistematização do direito que se impôs a tarefa de identificar e de classificar fatos de modo a, pela abstração, permitir a formulação de conceitos jurídicos. O incremento da abstração conceitual acabou por determinar, no período pós-clássico do direito romano, que a posse fosse reconhecida direito e não fato⁹. Na história posterior, esta mudança exerceu influência decisiva na concepção de tutela da posse e mesmo do direito de propriedade.

Afirma-se que os romanos teriam distinguido *corpus* e *animus* como elementos característicos da posse. De acordo com José Carlos Moreira Alves, o *animus* que caracteriza a posse no direito romano clássico passou a ser considerado no direito justinianeu o *animus domini*, que é a intenção

jurídicas de origem religiosa. O direito clássico é o período áureo da história do direito romano. Decaiu o formalismo e atenua-se sobremaneira a influência religiosa. A precisão de raciocínio aliada à consideração oportuna da equidade ensejaram o aparecimento da ciência do direito, cujos princípios os primeiros jurisconsultos generalizaram e sistematizaram. O direito post-clássico é o período de decadência. As elucubrações teológicas afastam os espíritos dos estudos jurídicos. A despeito do renascimento deles, no século V, com o desenvolvimento das grandes escolas de direito e, no século VI, com a elaboração das notáveis compilações, a ciência do direito priva-se da precisão técnica, do apreço pela teoria e da autonomia mental que caracterizaram a época anterior. (Instituições de Direito Romano, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1951, pág. 4).

⁹ José Carlos Barbosa Moreira afirma que no direito romano pós-clássico obscureceu-se a distinção entre posse e propriedade que somente foi retomada por Justiniano que incorporou modificações na noção de posse. (Ver Posse - Evolução Histórica, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, 1997, vol. I, pág. 31 e seguintes).

de ser proprietário¹⁰. Mas a grande contribuição romana em matéria possessória situa-se no âmbito da tutela do fato da posse. A proteção possessória surgiu com a prática do *ius honorarium* consolidado pelo trabalho do pretor de utilizar dos interditos para assegurar a posse daqueles que, não sendo proprietário, ocupavam o *ager publicus*^{11 12}. A origem da proteção possessória, portanto, esta inserida na esfera do direito público romano. Os *interdicta retinendae possessionis causa* e os *interdicta recipiendae possessionis causa* protegiam a posse sem considerar qualquer relação com o direito de propriedade.

Conseguiu-se identificar a posse e protegê-la como fato distinto do direito de propriedade. O tratamento jurídico da posse no direito romano, porém, teria se afastado da valoração material do fato da posse para conceber a posse como direito¹³

¹⁰ Ver Direito Romano, 8.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1992, vol. I, pág. 335.

¹¹ *Ager publicus* constituía as terras no interior da cidade, cuja titularidade pertencia a *civitas* e que podiam ser objeto de concessão aos particulares. (Ver Ebert Chamoun, Instituições de Direito Romano, pág. 208).

¹² José Carlos Moreira Alves afirma que existe corrente teórica que defende a tese de que a origem da proteção possessória está na faculdade que tinha o pretor de, nas ações de reivindicação, até a sentença final, atribuir a uma das partes litigantes a posse provisória da coisa litigiosa. Para ele, essa teoria goza de prestígio porque muitos institutos jurídicos surgiram no direito romano de incidentes processuais e também pelo fato de utilizar-se da proteção provisória da posse na ação reivindicatória, antes da existência do *ager publicus*. (Direito Romano, vol. I, pág. 341/342).

Em outro sentido, José Reinaldo Lima Lopes escreve que "o pretor usa de seu poder de polícia e impede, em nome da boa ordem pública, que aquele que está de boa-fé seja desalojado: dá um "interdito", obrigando à restituição se houve violência. Protege a posse até criar uma "propriedade pretoriana". (O Direito na História - Lições Introdutórias, São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pág. 50).

¹³ Segundo José Carlos Barbosa Moreira a posse que "no direito clássico era inequivocamente um simples fato (*res facti*), no direito justiniano não mais o é, aproximando-se de um direito, como quer Kaser ou, como defende Albertario, passando a ser considerada verdadeiro direito (*ius possessionis*, expressão justinianéia que é utilizada ao lado de termos relativos aos direitos, como *ius domini*" (Posse - Evolução Histórica, vol. I, pág. 40).

até fazê-la dependente da existência do direito de propriedade¹⁴. A passagem da concepção da posse como fato para a do direito de posse, expressa no conceito de *animus domini*, tornou-se possível, segundo os estudiosos do direito romano, em virtude de construção conceitual posterior aos textos romanos¹⁵.

A aproximação conceitual entre posse e propriedade para os romanos pode ter resultado também da predominância do modelo econômico que concentrava a propriedade da terra e da importância conferida ao direito de propriedade para o incremento da produção de riqueza. A propriedade sobrepujou a posse.

É importante ressaltar, todavia, que o caráter fático da posse se mantém apesar da predominância ou do declínio de modelos econômicos. A manutenção do fato da posse, porém, não autoriza admitir que se deva atribuir à posse o caráter abstrato do conceito, de modo a assegurar-lhe uniformidade capaz de permitir a transposição linear da noção de posse

¹⁴ Jose Luis de los Mozos citando D'Ors afirma que a posse no direito justiniano é "en esta última fase del Derecho romano, la apariencia de un derecho, sea el derecho de propiedad, sea otro derecho cualquiera (*quasi-possessio* o *possessio iuris*). Con esto, ella mista tiende a convertirse en un derecho (*ius possessionis*).". (Tutela Interdictal de la Posesión, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, pág. 29)

¹⁵ A respeito da noção de *animus domini* Pontes de Miranda afirma que "a expressão *animus* muito concorreu para que se entravasse o desenvolvimento da teoria da posse. A expressão *animus domini* essa nunca se encontra nos textos romanos. Nem poderia bastar, para a prestigiar, o terem delas se servido alguns juristas, depois de 1549 para traduzir textos bizantinos; tanto mais quanto outros viam, aí, a *opinio domini* ou a *cogitatio domini*, portanto algo de enunciado de conhecimento, e não de vontade, e não se tratava de obra legislativa, e sim interpretativa. Nem se exigia ser dono, nem se exigia o *animus* (Tratado de Direito Privado, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Tomo X, pág. 30). Para Pontes de Miranda, a vontade de tratar o objeto como seu

concebida pelo direito romano, e reconhecida válida para a sociedade romana, para o direito moderno, sem considerar as alterações sócio-econômicas ao longo da história.

Tratando-se de fato social, a posse sofre as influências próprias de cada momento histórico¹⁶. O modo de apropriação de bens assume contornos próprios em cada época histórica e está ligado ao modelo econômico predominante na sociedade. Por mais que o modelo econômico e a realidade social e histórica recentes se pareçam com o modelo econômico e a realidade social predominantes na sociedade romana, não é viável fazer a transposição pura e simples do conceito de posse do direito romano para o presente. Qualquer tentativa de fazê-lo redundará em puro formalismo conceitual avesso a consideração dos elementos históricos, sociais e econômicos integrantes do fenômeno da posse.

O que deve ser reconhecido relevante para o direito contemporâneo é a noção de

deriva da filosofia kantiana que transformou o *animus possidentis* em *animus domini* (Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 48).

¹⁶ Pontes de Miranda escreve que "A diferença entre a concepção da posse, no direito contemporâneo, e a concepção romana da posse não está apenas na composição do suporte fático (*nem animus nem corpus*, em vez de *animus e corpus*, ou de *corpus*, à maneira de R. Von Ihering): está na própria relação (fática) de posse, em que os sistemas antigos viam laço entre a pessoa e a coisa, em vez de laço entre pessoas. No caminho, está a concepção de I. Kant, que é a do empirismo subjetivista (indivíduos e sociedade humana), a partir da posse comum (*Gesamtbesitz*) dos terrenos de toda a terra. Tal pensamento vinha de longe: era a posse do tempo de Adão, a que Albertus Weger (*De Iure Portuum*, cap. II) em termos claros se referira: Deus fizera de Adão o possuidor inicial e total. Ninguém poderia admitir que fosse essa, hoje, a concepção da posse. O jurista do século XX sabe que existem diferentes sistemas jurídicos, e nem todos dão entrada no mundo jurídico ao mesmo suporte fático; e a semelhança, ou uniformidade, a que se tende, é o resultado de investigação

posse construída pelo direito romano dos interditos, onde a proteção possessória se destinava a preservar o estado de fato decorrente da apropriação da coisa, nesse aspecto diferente da concepção de posse apoiada na idéia de *animus domini*, que já contém as premissas da posse como direito e fato ou somente como direito¹⁷.

Seção 8

Direito Moderno: Savigny e Ihering. Conceito. A Posse Vinculada à Propriedade

A modernidade aprofundou a concepção racional do direito, que passa a ter como paradigmas o indivíduo e os direitos subjetivos reconhecidos inerentes à natureza humana. Para o direito moderno o indivíduo é considerado ente dotado de capacidade para adquirir direitos e para defendê-los. A vontade individual constitui-se no principal

científica sobre a história e o papel da posse nas sociedades humanas." (Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 49).

¹⁷ Esta diferença de concepções sobre a posse aparece de forma nítida no modo de apropriação das teorias romanas para elaboração do projeto de Código Civil alemão, conforme assinala Pontes de Miranda dizendo que "No I Projeto alemão, tentou-se fazer suporte fático completo a *naturalis possessio*. O que se diz suntuoso palácio de estilo (O. Bahr, *Schriften uber den Entwurf, Kritische Vierteljahrsschrift*, 31, 367; V. Ring, *Der Entwurf, Archiv fur Burgerliches Recht*, I, 195) não fora mais do que aglomerado de teorias recentes, a propósito do direito romano. Tão diferente o II Projeto, com o seu senso prático e a sua sabedoria discreta. Sente-se a volta ao direito romano dos interditos: "As determinações referentes à posse assentam no pensamento de que a proteção possessória é destinada a conservar a paz jurídica, pela manutenção da relação externa de poder da pessoa sobre a coisa (*Denkschrift*, 109). O I Projeto partia de conceito de posse, e daí ia até à proteção, através de deduções; o II Projeto supôs o princípio da conservação do fático, e logo cogitou da proteção desse. Ao pensamento político-administrativo do direito público romano é que vai, em profundidade, o II Projeto; o I Projeto empegara-se, em parte, na metafísica da doutrina clássica." (Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 50).

elemento indicativo do poder do indivíduo de praticar atos juridicamente valoráveis e vinculantes.

Os pandectistas do século XIX se dedicaram ao estudo dos textos romanos, utilizando-se do aparato técnico e conceitual do racionalismo, com o objetivo de situar as fontes e os fundamentos dos institutos jurídicos do direito moderno. O trabalho resultou no aprofundamento do caráter sistemático e sistematizante do direito¹⁸.

Em linha de continuidade com o trabalho da pandectística e identificado com as premissas da escola historicista alemã¹⁹, Savigny se dedicou a estudar as origens da posse no direito romano para elaborar sua teoria da posse.

Para Savigny posse é a possibilidade de deter e dispor materialmente da coisa,

¹⁸ Sobre o processo de racionalização e sistematização do direito Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que "os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas e racionais de sobrevivência (cf. Habermas, 1972:56). Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do Direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático. Entre as críticas então feitas à antiga forma de os glosadores realizarem sua teoria estava sua falta de sistematicidade. Evidentemente, existia neles um certo impulso para um tratamento sistemático da matéria jurídica, mas ainda longe das exigências que a nova ciência moderna iria estabelecer. Nesta época, introduz-se igualmente o termo sistema, que se torna escolar e se generaliza, tomando uma das configurações básicas que hoje lhe atribuímos." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo, Editora Atlas S/A, 1990, pág. 65).

¹⁹ O conceito de posse formulado por Savigny tem maior afinidade com os pressupostos metodológicos da concepção do direito como sistema lógico de regras. Preponderou no conceito de posse Savignyano o aspecto sistemático-conceitual sem que seja perceptível a relação dos elementos do conceito formulado com as premissas que, para Savigny, estariam presentes na consciência comum passíveis de dedução lógico-formal.

com *animus domini*²⁰. O que caracteriza a posse, segundo Savigny, é o *animus domini*. O seu conceito de posse, portanto, tem caráter subjetivo porque repousa em última instância na vontade do possuidor de exercer poder de fato sobre a coisa possuída. Pontes de Miranda ressalta que o subjetivismo da filosofia dos séculos XVII e XIX impregnou a teoria Kantiana e a de F. Von Savigny não lhes permitindo separar, embora quisessem, a posse e o direito²¹. De fato, a existência de *animus domini*, ou seja a intenção de proprietário, aproxima o conceito de posse do de propriedade.

Embora Savigny tenha identificado o *ius possidendi* que garante a autonomia da posse e permite o exercício da tutela interdital específica, acabou por equiparar *ius possidendi* à noção de *animus*

²⁰ A respeito da posse escreve F. C. Savigny que "Pour être considérée comme possession, toute détention doit être intentionnelle, c'est-à-dire que, pour être possesseur, il ne suffit pas de détenir la chose, il faut aussi vouloir la détenir. Nous avons maintenant à préciser davantage ce que c'est que cette volonté, cet *animus possidendi*, correspondant au fait de la détention. Nous avons dit plus haut que la détention d'une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l'*animus possidendi* n'est autre chose que l'intention d'exercer le droit de propriété. Cette définition cependant ne suffit pas, car celui qui détient une chose peut avoir cette intention de deux manières différentes: il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre. S'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui, droit qu'il reconnaît par là même, il n'y a pas là cet *animus possidendi* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession. Cette proposition, que le droit romain établit en termes formels, s'explique très-naturellement par ce que nous avons dit pages 7 et 8, sur les interdits. Il ne reste donc la seconde hypothèse, celle où le détenteur a l'intention d'exercer son propre droit de propriété, en sorte que l'*animus possidendi* n'est ici autre chose que l'*animus domini* ou l'*animus sibi habendi*. Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur d'une chose, il faut nécessairement que celui qui la détient se gère à son égard en propriétaire; en d'autres termes, qu'il prétende en disposer en fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit, ce qui implique en particulier aussi le refus de reconnaître dans le chef d'autrui un droit quelconque supérieur au sien. L'idée de la possession n'exige absolument rien de plus que cet *animus domini*; et surtout elle ne suppose pas la conviction que l'on soit réellement propriétaire (*opinio seu cogitatio domini*); voilà pourquoi le voleur et le brigand peuvent tout aussi bien avoir la possession de la chose volée que le propriétaire lui-même, et ils diffèrent de la même manière que celui-ci du fermier qui, lui, ne possède pas, puisqu'il ne considère pas la chose comme sienne." (Traité de la Possession en Droit Romain, Bruxelles, Bruylant-Christophe Et Cie Éditeurs, 1893, pag. 88-90).

²¹ Tratado de Direito Privado, Tomo X, pag. 48.

domini, com a conseqüente reaproximação entre posse e propriedade.

Permanece válida na teoria Savignyana, todavia, o pressuposto de diferenciação entre posse e propriedade porque, ainda que de forma limitada, permitiu que a posse pudesse ser reconhecida, antes de mais nada, como fato, através da valorização de elementos da realidade fática em detrimento do formalismo dos conceitos e do positivismo legalista²².

Na tentativa de desqualificar o *animus domini* como elemento da posse Rudolf Von Ihering fez a crítica da teoria de Savigny afirmando que a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade²³. Ihering transitou do formalismo da jurisprudência dos conceitos para a postura crítica da jurisprudência dos interesses²⁴. Na teoria objetiva da

²² Em relação ao aspecto social da diferenciação entre posse e propriedade Antonio Hernandez Gil ressaltava que "La tesi de la independencia de la posesión es socialmente valiosa. Por lo pronto da a entender que el goce y la utilización de los bienes adquiere significación jurídica fuera de la estructura de la propiedad y los derechos derivados, o por lo menos que el nominalismo de una titularidad formal no lo es todo. Que Savigny se diera o no cuenta de la trascendencia de su idea es otra cosa. De todas formas, las constantes referencias a la posesión como estado de hecho que se tutela sin considerar la propia legalidad, por razones concernientes a la convivencia pacífica, hacen pensar que es una institución directamente enraizada en la realidad social." (La Función Social de La Posesión, Madrid, Alianza Editorial S/A, 1969, pág. 19).

²³ Pode a posse representar a propriedade, pergunta Ihering para em seguida responder "Sim, porque é a propriedade em seu estado normal - a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade. Estatisticamente falando, esta exterioridade coincide com a propriedade real. Quase sempre o possuidor é ao mesmo tempo o proprietário, sendo muito diminutos os casos em que não o é." (Teoria Simplificada da Posse, in Posse de Direitos Pessoais, São Paulo, Editora Saraiva, 1986, pág. 86).

²⁴ Ao tratar da passagem do pensamento de Ihering para uma Jurisprudência pragmática anota Karl Larenz que, dentro da nova concepção que adota, Ihering afirma que "as fontes últimas dos conceitos jurídicos romanos têm de buscar-se em razões psicológicas e práticas, éticas e históricas." (Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1989, pág. 53). É interessante notar que os escritos de Ihering que tratam da mudança de paradigma em direção a jurisprudência dos interesses começam a ser publicados por volta de 1861, antes da publicação dos primeiros textos relativos ao conceito de posse que somente aparecem em 1868. O conceito de posse de Ihering, portanto, foi formulado sob a influência dos postulados da

posse que propôs, entretanto, a posse deixa de ser reconhecida fato e, praticamente, torna-se antecedente lógico do direito de propriedade²⁵. De acordo com Pontes de Miranda, a partir da teoria objetiva de Ihering ficou claro que a posse não precisa do *animus* referido por Savigny, nem do *tactus* pois deriva das entranhas do real²⁶. O elemento objetivo da teoria de Ihering, segundo José Carlos Moreira Alves, está na existência de preceito legal que opere a distinção entre posse e detenção²⁷.

É evidente o caráter normativo do conceito de posse de Ihering. A teoria objetiva da posse não retira o seu fundamento de validade diretamente de elementos da realidade fática. Conforme ressalta Antonio Hernandez Gil, embora Ihering faça a crítica do caráter individualista do sistema romano da propriedade, não é possível identificar na sua teoria da posse o caráter fático, material e, portanto, social da posse²⁸.

jurisprudência dos interesses circunstância que explica, pelo menos em parte, a conotação objetivista do conceito orientado para a idéia de exteriorização da propriedade.

²⁵ José Carlos Barbosa Moreira reconhece a influência da idéia de Gewere do direito germânico medieval na concepção objetiva de posse de Ihering (Posse - Evolução Histórica, vol. I, pág. 74 e seguintes).

²⁶ Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 406.

²⁷ Direito Romano, vol I, pág. 332.

²⁸ Antonio Hernandez Gil afirma que Ihering "Imputa a Savigny haber concertado un préstamo de la propiedad a la posesión antes que aquélla existiera, y él concede el mismo crédito en términos mucho más amplios. Porque mientras Savigny opera en el plano psicológico e íntimo de la actitud anímica, Ihering establece la subordinación en la realidad objetiva de las instituciones. El uno se conforma con la voluntad tendente hacia la propiedad y persevera en la idea. El otro, viendo en la propiedad el sustento único de la posesión, afirma la prioridad e independencia de ésta. (La Función Social de la Posesión, pág. 27).

De qualquer modo, tanto para Savigny quanto para Ihering, a posse está ligada ao direito de propriedade ainda que, em Savigny, seja mais nítida a independência entre um e outro.

O trabalho de elaboração de uma teoria da posse continha implícito a idéia de conferir autonomia ao fenômeno possessório, principalmente no confronto com a propriedade. A busca da autonomia conceitual, de forma paradoxal, resultou na assimilação pelas teorias da posse dos pressupostos teóricos do direito de propriedade.

Neste sentido, o esforço teórico da modernidade, baseado no estudo dos textos romanos e preocupado em identificar os elementos constituintes da posse para o direito romano, não recuperou para o direito moderno o caráter fático da posse, que permitiu aos romanos construir a proteção possessória através da tutela da posse do possuidor do *ager publicus*. De forma a compatibilizar a posse com a proeminência da propriedade, desnaturou-se o caráter fático da posse para o que contribuiu a técnica da abstração conceitual²⁹. Retirou-se da posse a essência do fático que a mantinha ligada a concretude do mundo e passou-se a concebê-la como direito com tratamento semelhante ao

²⁹ O direito canônico, embora também influenciado pelas fontes romanas, em matéria possessória, manteve-se alinhado com o princípio de preservação do fático. (Ver José Carlos Barbosa Moreira, *Posse - Evolução Histórica*, vol I, pág. 109 e seguintes).

conferido à propriedade. A abstração conceitual enfraqueceu na posse o elemento fático e, com isso, assegurou a consolidação do modelo econômico do capitalismo, que tem como fundamento a propriedade privada dos meios de produção.

O conceito de posse de Savigny orientou-se pela noção de *animus domini*, que teria sido concebida quando já se desenvolvia em Roma a concentração da propriedade. Ele retomou a concepção de posse do período pós-clássico do direito romano, despida de seus elementos fáticos. Esta circunstância facilitou a aproximação conceitual entre posse e direito de propriedade no direito moderno.

Ihering aprofundou a distância entre a noção jurídica de posse e os elementos da realidade fática ao conceber a posse como ato que exprime a visibilidade da propriedade, embora a sua teoria se pretenda crítica em relação a de Savigny. A posse é reconhecida fato relevante para o direito na proporção em que o ato de apropriação da coisa que a caracteriza possa ser equiparado ao que poderia ser praticado pelo proprietário. Para Pontes de Miranda, a teoria objetiva não é abrangente o suficiente para contemplar toda a extensão do estado de fato próprio da posse, embora reconheça a utilidade da construção teórica de Ihering para o aperfeiçoamento da moderna

noção de posse³⁰. Em Ihering a posse vista no mundo fático, da perspectiva do mundo jurídico, já contém traços de elementos componentes do direito de propriedade. A teoria objetiva da posse sinaliza a possibilidade da construção do conceito de posse a partir de elementos do conceito de propriedade. A objetividade que condensa o aspecto fático da posse na teoria de Ihering somente pode ser pensada por meio do conceito e de uma concepção formal dos institutos jurídicos.

Sem negar a importância do trabalho desenvolvido para o direito moderno, as teorias da posse de Savigny e de Ihering não foram capazes de identificar, no campo jurídico, o fundamento da independência da posse em relação à propriedade.

O fundamento da autonomia entre posse e propriedade pode ser localizado na concepção de posse de Saleilles, que identificou o elemento econômico da posse³¹.

³⁰ Na exposição de R. Von Ihering, ressalta Pontes de Miranda, "refletiu-se o elemento germânico do pensamento, com que ele procurou explicar a concepção romana, "criando" teoria objetiva "romana" da posse. Muito de artificial havia nos seus estudos, para que pudesse substituir-se à explicação savignyana, também não livre do artifício (e.g., influência kantiana), a sua. Tratava-se de luta entre o pensamento romano e o pensamento romano-germânico, a propósito do direito romano. Falsa, como teoria romana, a teoria de R. Von Ihering foi um dos elementos mais prestantes para se ultimar a separação da teoria contemporânea da posse, que as sucessivas "voltas a Roma" e a extrapolação canônica comprometiam." (Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 68/69).

³¹ Para Saleilles, segundo Manuel Rodrigues, a posse "é uma categoria que pode ser definida como a "efectividade consciente e querida de apropriação econômica das coisas." Ou "a posse constitui-se pelo simples facto de o detentor aparecer como dono da coisa do ponto de vista econômico." (Ver Manuel Rodrigues, A posse - Estudo de Direito Civil Português, 3.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1980, pág. CX). José Carlos Barbosa Moreira se refere a teoria social da posse de Peruzzi para quem a posse é relação ético-social porque está fundamentada em costume observado na sociedade (Ver Posse, Evolução Histórica, vol. I, pág. 240 e seguintes).

A natureza fática da posse contrapõe-se à idéia de apropriação individual de bens inerente à propriedade. Tomada como fato, a posse preserva o valor de uso. Para o direito de propriedade tem relevância o valor de troca regulado pelo mercado.

No desenvolvimento do capitalismo a apropriação de bens que caracteriza a posse evoluiu para assumir a forma jurídica do direito de propriedade³². Esvaziou-se o conteúdo da posse, que exprime a natureza fática da apropriação de bens, voltada para a satisfação das necessidades humanas.

³² Karl Marx sustenta que a relação fundamental nas sociedades de classes está na conversão histórica da posse de apropriação de fato das coisas para satisfação de necessidades para propriedade jurídica. A esse respeito é necessário observar a inversão que caracteriza a apropriação de bens na forma mercadoria. Sobre este ponto Marx diz que *"o que distingue sobretudo o possuidor de mercadorias desta última é que para ela cada outro corpo de mercadoria conta apenas como forma de manifestação de seu próprio valor. Igualitária e cínica nata, a mercadoria está sempre disposta a trocar não só a alma, como também o corpo, com qualquer outra mercadoria, mesmo quando esta seja tão desagradável como Maritornes. Esse sentido, que falta à mercadoria, para apreciar o concreto do corpo da mercadoria, o dono da mercadoria supre por meio dos seus cinco ou mais sentidos. Sua mercadoria não tem para ele nenhum valor de uso direto. Do contrário não a levaria ao mercado. Ela tem valor de uso para outros. Para ele, ela tem diretamente apenas valor de uso de ser portadora do valor de troca e, portanto, meio de troca. Por isso, ele quer aliená-la por mercadoria cujo valor de uso o satisfaça. Todas as mercadorias são não-valores de uso para seus possuidores e valores de uso para seus não-possuidores. Elas precisam, portanto, universalmente mudar de mãos. Mas essa mudança de mãos constitui sua troca e essa troca as refere como valores entre si e as realiza como valores. As mercadorias têm que realizar-se, portanto, como valores, antes de poderem realizar-se como valores de uso."* (O Capital - Crítica da Economia Política, São Paulo, Abril S/A Cultural, vol. I, 1983, pág. 80). O ato de apropriação que caracteriza a posse, na sociedade capitalista, não tem o objetivo de satisfação de necessidades do próprio possuidor. A posse objetiva a satisfação de necessidades alheias através da troca de mercadorias no mercado. Com isso, a posse perde a característica essencial de assegurar a apropriação de bens indispensáveis a vida em sociedade e adquire a conotação de reserva de valor destinada a obtenção de lucro, mediante a circulação possibilitada pelo processo de troca e pelo mercado. Pontes de Miranda enxergou o sentido da inversão operada na apropriação que caracteriza a posse, na modernidade, na filosofia Kantiana que possibilitou o entendimento de que somente se caracteriza o ato da posse sobre coisa que os outros também desejam possuir. Segundo Pontes de Miranda *"Para a filosofia kantiana, a relação possessória é entre pessoas, embora concernente a coisas. Se alguém possui, os outros estão como que diante dessa posse, ou sofrem essa posse. Quem possui tem, no espírito, a consideração de todos os que poderiam, se se achassem de posse da coisa, opô-la ao que ora possui. Se alguma coisa é minha, é porque posso presumir que seja possível ser prejudicado pelo ato de outrem."* (Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 47). A passagem do valor de uso para o valor de troca na posse demonstrada por Marx, portanto, tem origem na filosofia Kantiana. Para Kant, segundo José Carlos Barbosa Moreira, a posse que se apoia na soberania do sujeito não é mero contato da pessoa com a coisa. Ela *"contém um postulado contra outrem de abster-se de interferência sobre o objeto, postulado que existe a priori e que se apoia na relação social dos homens entre si."* (Posse - Evolução Histórica, vol. I, pág. 251 e seguintes).

Prevaleceu a noção de posse valorada pela forma jurídica do direito de propriedade, onde a apropriação de bens é regulada pelo mercado.

A reorientação dos elementos da posse operou-se no campo jurídico através do aparato conceitual e sua pretensão de cientificidade. Não se reconheceu o fato da posse como ato de apropriação de bens de natureza social. Conferiu-se à posse caráter formal de modo a equipará-la ao direito de propriedade que, segundo Marx, é a forma jurídica de apropriação da mercadoria a disposição de sujeitos abstratos no mercado.

A abstração conceitual no direito, desse modo, está diretamente relacionada à viabilidade do modelo econômico do capitalismo que se apóia na troca de mercadorias no mercado, sustentada no direito de propriedade e no contrato. Na sociedade capitalista, portanto, o direito de propriedade e o contrato traduzem de modo específico a forma jurídica da apropriação de bens. O simples ato de apropriação de bens já não é suficiente para perfectibilizar a posse. Para ser reconhecida juridicamente válida, a apropriação necessita assumir a forma jurídica da propriedade, ainda que de forma mediata. A construção conceitual confere legitimidade técnico-jurídica à

submissão do ato de apropriação de bens à forma mercadoria.

O fenômeno da posse na sociedade capitalista não tem o vigor da espontaneidade característica da apropriação e da satisfação de necessidades humanas³³. A idéia de posse, contudo, não desaparece porque o formalismo conceitual não pode eliminar o ato primário de apropriação social de bens que está na origem da posse.

A existência do ato de apropriação de bens inerente ao fenômeno da posse não permite eliminar do horizonte teórico o fato da posse que é poder que antecede a configuração do direito de propriedade³⁴. O poder de apropriar-se ou não de bens,

³³ É preciso observar, entretanto, que a desvalorização do ato de apropriação como elemento constituinte da posse, na sociedade capitalista, não chega a confirmar a previsão sustentada por alguns marxistas (Pachukanis), de eliminação da posse através da substituição plena pela propriedade. Conforme lembra Márcio Bilharinho Naves, o próprio Pachukanis reconheceu que a forma jurídica é mediada em última instância ou sobredeterminada pelas relações de produção capitalistas (ver *Marxismo e Direito - Um Estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2000, pág. 53 e seguintes).

³⁴ Max Weber tenta romper o determinismo materialista marxiano afirmando que a posse é a idéia chave para a divisão de poder na comunidade de classes. Segundo Weber *"Las clases no son comunidades en el sentido dado aquí a esta palabra, sino que representan solamente bases posibles (y frecuentes) de una acción comunitaria. Así, hablamos de una "clase" cuando: 1) es común a cierto número de hombres un componente causal específico de sus probabilidades de existencia, en tanto que, 2) tal componente esté representado exclusivamente por intereses lucrativos y posesión de bienes, 3) en las condiciones determinadas por el mercado (de bienes o de trabajo) ("situación de clase"). Constituye el hecho económico más elemental que la forma en que se halla distribuido el poder de posesión sobre bienes en el seno de una multiplicidad de hombres que se encuentran y compiten en el mercado con finalidades de cambio crea por sí misma probabilidades específicas de existencia. Según la ley de utilidad marginal que rige la competencia mutua, excluye a los no poseedores de todos los bienes más apreciados en favor de los poseedores, y monopoliza de hecho su adquisición por estos últimos. En las mismas circunstancias monopoliza las probabilidades de ganancia obtenida por intercambio a favor de todos aquellos que, provistos de bienes, no están obligados a efectuar intercambio, y, cuando menos de un modo general, aumenta su poder en la lucha de precios contra aquellos que, no poseyendo ningún bien, deben limitarse a ofrecer los productos de su trabajo en bruto o elaborados y a cederlos a cualquier precio para ganarse el sustento. Monopoliza, además, la posibilidad de hacer pasar los bienes de la esfera de su aprovechamiento en cuanto "patrimonio" a la esfera de su valoración como "capital" y, por lo tanto, monopoliza las funciones de empresario y todas las probabilidades de participación directa o indirecta en los rendimientos del capital. Todo esto tiene lugar dentro de la esfera regida por las condiciones del mercado. Por consiguiente, la "posesión" y la "no posesión" son las categorías fundamentales de todas las situaciones de clase, tanto si tienen lugar en la esfera de*

conforme assinala Max Weber, é o fator que distingue o que ele denomina de situações de classe e que, na sociedade capitalista, está na base do sistema de distribuição de bens, de determinação dos preços e da configuração dos direitos subjetivos³⁵.

A permanência da posse como momento ineliminável no processo de apropriação de bens constitui fator de limitação à consideração teórica da propriedade como modelo único de regulação da distribuição de bens na sociedade. Denota em certo sentido a impossibilidade da universalização da forma mercadoria. A noção de propriedade é obrigada a conviver com o fato da posse que, do ponto de vista do mercado, representa a apropriação primária de bens. A posse escapa à regulação do processo de trocas, embora continue a influenciá-la porque manifestação do poder a que se refere Max Weber, que diferencia possuidores e não-possuidores. O problema conceitual derivado da natureza fática da posse contraposta ao caráter essencialmente normativo da propriedade se resolve no direito moderno pela adoção de um conceito de posse

la lucha de precios como si se efectúa en la esfera de la competencia." (Economía y Sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, vol. IV, pág. 55).

³⁵ A idéia de posse como poder fático, defendida por Pontes de Miranda e que, segundo ele decorreria da relação entre pessoas, e não de pessoa e coisa, está próxima do pensamento de Max Weber que contempla a posse como poder de apropriação de bens. Sem dúvida, o poder fático a que se refere Pontes de Miranda, derivado de relação entre pessoas, traduz de forma mais apropriada o caráter sócio-econômico e mesmo fático da posse. É necessário ressaltar, entretanto, que Pontes de Miranda não se detém no aspecto sócio-econômico da posse referindo-se ao poder fático que ocorre no mundo dos fatos de forma genérica, deixando de investigar as determinantes econômicas do ato de apropriação de bens. Investiga apenas o que para o direito é relevante no ato da posse.

sujeito a assimilar elementos do direito de propriedade, sem contudo ser por ele absorvido. A posse deixa de ter ligação com os valores da realidade fática e passa a ser considerada ora como manifestação da vontade de ser proprietário, ora como exteriorização objetiva da propriedade.

As concepções de posse de Marx e de Weber, apesar das inevitáveis ênfases sociológicas e econômicas, mostram-se valiosas para a compreensão dos limites do formalismo jurídico e para superá-los na direção de uma concepção material do fato da posse³⁶.

A complexidade das relações sociais e de produção do presente recusa abordagem simplificadora e não deve ser ignorada. Uma concepção material da posse, portanto, não pode desconsiderar a natureza e o estágio das relações sociais e de produção na sociedade contemporânea em defesa do mito de uma forma de apropriação primitiva e comunal de bens. O que ela pode e deve propiciar é uma compreensão de posse que possa alterar o perfil do fluxo das riquezas produzidas e também preservar os interesses de possuidores e não-possuidores.

(Ver Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 49 e seguintes). Em Weber, porém, acentua-se o caráter sócio-econômico da posse.

³⁶ Conforme assinala Antonio Hernandez Gil "Si la posesión ha contribuído a la estratificación social no es porque la estructura jurídica en que actualmente se encarna no sea general o uniforme. Lo es, ciertamente, desde un ponto de vista formal, aunque deba pensarse en una uniformidad a nivel más amplio y con alcance no sólo formal, sino material también." (La Función Social de la Posesión, pág. 164).

Capítulo IV

Propriedade

Seção 9

Roma e Idade Média. A Propriedade Absoluta

É difícil estabelecer os contornos precisos da propriedade no direito romano. Conforme adverte V. Scialoja, quando se trata da propriedade no direito romano, é necessário observar que no espaço de doze séculos a disciplina jurídica da propriedade sofreu modificações decorrentes de transformações sociais e econômicas ocorridas na sociedade romana¹. Os estudos das fontes romanas pelos jusfilósofos que se dedicaram a formular os fundamentos do direito moderno, nos séculos XVIII e XIX, permitiu identificar os princípios reitores da propriedade no direito romano. Em torno deste estudo pode-se estabelecer o ponto de partida para análise da formação histórica do conceito de propriedade².

A exemplo do que ocorreu com outros institutos jurídicos, a concepção de propriedade do

¹ Ver Diritto Romano - La Proprietà, Roma, Associazione Universitaria Romana, 1908/1909, pág. 35 e seguintes.

² Conforme ressalta Giovanni Silvio Coco "è difficile capire qualcosa della nostra esperienza giuridica senza porre in adeguato rilievo l'importanza che ha avuto, nella vita e nel pensiero giuridico europei, l'eredità del diritto romano." (Crise ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pág. 23).

direito romano serviu de modelo para a formulação do conceito de propriedade no direito moderno. A pesquisa dos fundamentos da propriedade no direito romano permitiu aos juristas modernos assegurar a universalidade e a imutabilidade intrínsecas ao conceito de propriedade, alheias às mudanças da realidade social e histórica.

A reorientação da noção de propriedade para os elementos da realidade fática não pode prescindir da análise do instituto no direito romano e da identificação de variáveis que, do ponto de vista hermenêutico, permitam romper com a idéia de um conceito de propriedade universal e a-histórico.

Em função do caráter predominantemente agrícola da antiga economia romana, as coisas se dividiam em *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. As coisas que estavam ligadas à manutenção da família e à produção agrícola incluíam-se no gênero da *res Mancipi* que, inclusive, exigiam ato solene para a alienação, no caso a *Mancipatio*. Como *res Mancipi* podiam ser consideradas a terra, as servidões, os animais de carga e os instrumentos de cultivo. Coisas móveis, dinheiro, animais, entre outros objetos, eram classificadas como *res nec Mancipi*, cuja alienação ocorria através de simples tradição.

À medida que a economia romana perdeu a característica essencialmente agrária e familiar e passou a valorizar o indivíduo, reduziu-se a importância da divisão das coisas entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Adotou-se divisão das coisas entre móveis e imóveis que melhor atendia a importância atribuída aos imóveis como meio para a acumulação de riqueza³.

José Carlos Moreira Alves afirma que os romanos não trataram da definição do direito de propriedade e do conteúdo do direito que atribuía ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa objeto da propriedade, que resultaram de excertos feitos pelos juristas da Idade Média. No mesmo sentido, Max Weber ressalta que o caráter abstrato de muitos dos conceitos jurídicos considerados na atualidade como formulados pelos romanos não se encontram originalmente no direito romano⁴. Não era estranho ao direito romano,

³ Ebert Chamoun afirma que "A economia individual e capitalista que, a partir das conquistas, se implantara em Roma, atribuiu naturalmente maior valor às coisas imóveis em geral, que constituem a melhor colocação de capital e garantia de estabilidade. No lugar das *res Mancipi* e *nec Mancipi* desenvolveu-se então a divisão de coisas em móveis e imóveis que fora apenas sugerida nas XII Tábuas, pelo tratamento diverso dispensado aos *fundi* e às *ceterae res*, acerca do usucapião. São *res immobiles* os terrenos e os edifícios, *res mobiles* ou *moventia* as outras coisas; para os escravos e os animais criou-se a categoria das *res se moventes*. Na última fase do direito romano, exigem-se para a transferência das coisas imóveis, formas públicas e solenes, acompanhadas do competente registro (*gesta publica*). Essa classificação conservou sua importância na Idade Média, caracterizada, nesse tocante, pela hipertrofia do valor das coisas imóveis em relação às móveis, e passou ao direito moderno onde, reconhecida a relevância das coisas móveis, constitui também a mais expressiva divisão de coisas." (Instituições de Direito Romano, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1951, pág. 205).

⁴ Segundo Max Weber "el tan discutido concepto romano de la propiedad fue un producto de la desnacionalización del derecho romano y su transformación en derecho universal. La propiedad nacional romana no era en modo alguno una institución reglamentada de manera especialmente "abstrata", ni tampoco una institución unitaria. Fue Justiniano quien suprimió las diferencias radicales o las redujo cuando menos a las contadas formas que asumía el derecho de la tierra; y sólo a consecuencia de la extinción de las viejas condiciones procesales y sociales de la

todavía, um certo grau de abstração na formulação dos institutos jurídicos. No período imperial, os institutos de direito romano assumiram crescente caráter abstrato que permitiu adaptá-los às novas necessidades econômicas e submetê-los a uma interpretação racional de conceitos⁵ ⁶. Diferentes realidades sócio-econômicas puderam ser adequadas à natureza abstrata do conceito de propriedade.

O caráter formal do direito romano permitiu ao *ius civile*⁷ disciplinar a propriedade

protección interdictal quedaron frente al análisis medieval del contenido conceptual de las Pandectas las dos instituciones: dominium y possessio, como hechos jurídicos enteramente abstratos." (Economía y Sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, vol III, pág. 142/143).

⁵ Ver Max Weber, Economía y Sociedad, vol. III, pág. 142.

⁶ A respeito da decadência econômica de Roma na época do Império e dos reflexos na estrutura jurídica da propriedade V. Scialoja afirma que "L'imposta fondiaria era senza dubbio una delle colonne su cui riposava l'ordinamento amministrativo romano dell'impero. Ora quando si vennero impoverendo le terre che erano già per sé pochissimo produttive perchè lungamente sfruttate e mal coltivate, specialmente in questa epoca di decadenza, l'imposta non si diminuì perchè i bisogni dello Stato, molto accentrato in Costantinopoli erano così grandi, che abbisognavano di fortissime somme malgrado la grande povertà dell'epoca: di più come accade nelle amministrazioni disordinate; l'imposta non è più soltanto quello che prende lo Stato come suo diritto, ma anche tutto quello che tutti coloro che si trovano nell'amministrazione pubblica cercano di prendersi. Le Costituzioni imperiali infatti contengono una continua repressione, ma solamente scritta, degli abusi di tutti gli impiegati addetti alla riscossione delle imposte. Ma naturalmente queste Costituzioni non avevano alcuna efficacia pratica perchè gli strumenti di una tale garanzia divenivano a loro volta strumenti di oppressione: si mandavano i soldati per evitare abusi e i soldati finivano col commetterne più degli altri funzionari. Insomma era la débâcle, lo sfacelo completo degli elementi dello Stato: del resto non c'è da meravigliarsene perchè accade così in tutti i periodi di decadimento. Si arriva così a un punto che la proprietà fondiaria, in certi luoghi e in certe condizioni, invece di essere regolata come il diritto di uno che in fondo ha un diritto è regolata come se fosse un dovere. Il proprietario non è tanto il domino del proprio fondo, quanto il pagatore dell'imposta, sicchè lo Stato non permette che egli lasci questa sua posizione. Ci sono, è vero, quelli che abbandonano di fatto il loro fondo e allora il fondo abbandonato si dà al vicino, ma non perchè egli lo desidera: gli si dà la proprietà del fondo à forza, perchè egli ne paghi l'imposta. Accanto a questi istituti ci sono quelli che funzionano come se la proprietà avesse un valore; per esempio si dice che chi lavorerà il fondo abbandonato ne diverrà proprietario. Per tal modo si trasformano anche gli ordinamenti giuridici: la proprietà regolata dal Codice e dalle Novelle è profondamente diversa da quella delle Pandette, la quale ci presenta tutte le caratteristiche di una proprietà libera, ricca e produttiva, e che non ha quindi bisogno di regole artificiali." (Diritto Romano - La Proprietà, pág. 72/74).

⁷ Segundo Max Weber "En relación con la época histórica, el *ius civile* debe más bien definirse como un derecho particular para el que sólo cuentan, jurídicamente hablando, los que tienen la calidad de ciudadanos, es decir, los miembros de esta específica asociación estatutaria. Existen, además, círculos jurídicos de los que participan no únicamente ciudadanos, ni tampoco todos los ciudadanos, y cuyo derecho aparece en parte como derecho de asociaciones estatutarias, en parte como derecho particular regulador de situaciones objetivas. Se encuentran en primer lugar en este caso todas las situaciones de hecho reguladas administrativamente, cuyo número e importancia práctica eran muy grandes. Hasta la época de los Gracos, la propiedad civil del suelo existió únicamente para aquella parte de la tierra a la que legalmente se había asignado este fin. La

quiritária, onde o proprietário devia ser cidadão romano e que somente era transferida pelo ato solene da *mancipatio*.

A atividade do pretor também garantiu proteção e reconhecimento jurídico à propriedade pretoriana ou bonitária, à propriedade peregrina e à propriedade provincial que, basicamente, tinham origem na posse. As diferentes classificações da propriedade feitas pelo direito pretoriano traduzem exigências ditadas pela necessidade de aplicação do direito romano a realidades sociais diversas da encontrada em Roma.

A natureza formal do direito de propriedade que já se manifesta no direito romano está relacionada a importância que a apropriação de bens, notadamente da terra⁸, passa a ter para a acumulação de riqueza⁹.

A propriedade quiritária era tutelada através da *rei vindicatio* que permitia a

posesión del *ager publicus* no se hallaba regulada por el derecho civil, ni podía ser objeto de una acción de acuerdo con el mismo derecho, pues en ella participaban no sólo ciudadanos, sino también compañeros de alianza o federación. Cuando en la época de los Gracos intentaron los ciudadanos someter las relaciones de esta índole al estatuto ciudadano (*lex*), todos los miembros de la federación pretendieron ser admitidos desde luego en la asociación ciudadana. Las cuestiones de posesión hallábanse sometidas al exclusivo conocimiento de los magistrados, quienes procedían de acuerdo con reglas ajenas al derecho civil. Pues éste no conocía, verbigracia, la *enfiteusis*, ni los gravámenes reales, ni tierras de servicio (*Dienstland*) que eran regulados, los dos, por el derecho administrativo del *ager publicus*." (Economía y Sociedad, vol. III, pág. 91).

⁸ Afirma Max Weber que "La facultad de disposición sobre ciertas áreas de terreno aprovechable empezó a constituir uno de los fundamentos más importantes de toda agrupación, conforme aumentaba la escasez de medios de vida." (Economía y Sociedad, vol. III, pág. 62)

⁹ Ver supra Capítulo III, Seção 7.

recuperação da posse do bem pelo proprietário¹⁰. Para a proteção da propriedade pretoriana utilizava-se a *actio publiciana*.

A disciplina jurídica da propriedade no direito romano teve inspiração individualista e caráter absoluto. De acordo com Ebert Chamoun, o direito de propriedade em Roma somente se estendeu a generalidade dos cidadãos no período justiniano, com a constituição de Caracala de 212dc¹¹. O acesso à propriedade durante vários séculos ficou restrito a cidadãos de determinada classe social. O direito de propriedade constituía verdadeiro privilégio.

O direito quiritário assegurava a propriedade exclusiva ao quirite, cidadão romano, com capacidade eleitoral e jurídica reconhecidas em função da estirpe familiar¹². O proprietário detinha poder absoluto da coisa objeto da propriedade porque ao exercer o direito de propriedade estava protegido pelo

¹⁰ Para José Carlos Moreira Alves "Além da ação tuteladora, por excelência, do direito de propriedade - a rei vindicatio (utilizável quando o proprietário é privado da posse da coisa e intenta recuperá-la) - da actio negatória (de que se vale o proprietário para negar a existência de direito real de outrem sobre sua coisa), e dos diferentes meios de tutela dos direitos de vizinhança, dispõe, ainda, o proprietário dos interditos possessórios, de ações de caráter penal como a actio furti (ação de furto), e de ações outras, que não são também exclusivas do titular do direito de propriedade, como a actio ad exhibendum (ação de exibição da coisa)." (Direito Romano, vol. I, pág. 399).

¹¹ Instituições de Direito Romano, 18.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1992, pág. 223.

¹² Quando trata da natureza da propriedade quiritária, Pietro Bonfante assinala que "Era, pues, la propiedad genuina del pueblo quirite un derecho sobre la cosa ilimitado en el espacio y en el tiempo, derecho que sobre el fundo tiene el carácter y el espíritu de una verdadera soberanía territorial cerrada e independiente. El fundo es el territorio, la sede de la familia: el ager del quirite y pater familias es ele paralelo perfecto del ager romanus. Como el territorio del Estado, así la propiedad quiritaria pertenece al titular hasta el límite político de la

princípio *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet* (não se causa dano no exercício do direito)¹³. Apesar das variantes que a noção de propriedade assumiu durante a história romana, preponderou no direito o conceito quiritário de propriedade absoluta e exclusiva¹⁴.

Não era estranho ao direito romano, porém, a disciplina jurídica de limitações ao direito de propriedade ligadas, principalmente, à solução de conflitos de vizinhança¹⁵. As limitações ao direito de propriedade se intensificaram no período do direito romano clássico. É controvertido entre os juristas a questão da existência ou não no direito romano de disciplina do abuso de direito, em relação ao exercício dos poderes proprietários. Apenas na Idade Média surge de forma inequívoca a preocupação com o

conservación y de la defensa, no ya hasta el límite económico de la utilización." (História del Derecho Romano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. I, 1944, pag. 231/232).

¹³ De acordo com Pietro Bonfante " *La propiedad romana es, ciertamente, en sus orígenes, un señorío absoluto, esto es, ilimitado internamente, y precisamente la propiedad fundiaria, cuyas limitaciones, impuestas por la coexistencia, parecen naturales y necesarias, era de tal modo concebida y ordenada, que rechazaba cualquier limitación, cualquier influencia extraña en su recinto cerrado; el concepto y el conjunto de las limitaciones impuestas por las relaciones de vecindad (las llamadas servidumbres legales) son propiamente extrañas al Derecho romano. Incluso a la imprescindible necesidad del paso a través de los predios provee el régimen especial de los límites o rigores que señalan los confines de los fundos limitados. La antigua estructura de las relaciones de vecindad en cada una de las instituciones nos ofrece un régimen de celosa tutela de la respectiva independencia, y no un régimen de dependencia mutua; es el concepto negativo de la libertad, no el positivo de la solidaridad, el que inspiró el régimen antiguo.*" (História del Derecho Romano, pág. 230).

¹⁴ José Luis de los Mozos afirma que "como han puesto de relieve los modernos estudios e investigaciones, lo que tiene lugar es que, una vez formado el concepto definitivo de dominio quiritario, creando a su imagen una serie de conceptos análogos, aunque entre ellos puede decirse que resplandece una "unidad" conceptual esencial, puesto que nunca se pierde de vista, sobre todo en la valoración de la "posición de los intereses" en juego, el modelo central al que siempre se refieren y del que inevitablemente parten, mediante una dialógica armonística que es propia y característica de la jurisprudencia romana." (El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 9/10).

abuso no exercício do direito de propriedade¹⁶. De qualquer modo, pode-se afirmar que, no direito romano, as limitações ao exercício do direito de propriedade, mesmo que restringissem uma ou outra faculdade integrante do conteúdo do direito, ainda não constituíam disciplina atributiva de uma finalidade ao exercício do direito de propriedade vinculativa para proprietário.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito romano concebeu a propriedade como direito de natureza absoluta e exclusiva, exercido por determinada classe de cidadãos. O direito quirritário influenciou o conceito de propriedade que assumiu perfil nitidamente formalista, à proporção que aumentava a complexidade das relações sócio-econômicas.

¹⁵ Para o direito romano, diz V. Scialoja que *"la proprietà che   oggetto di maggiori limitazioni per opera del diritto positivo   la proprietà fondiaria e quella degli schiavi."* (Direito Romano - La proprietà, pág. 238).

¹⁶ Sobre o problema de limita es ao direito de propriedade e abuso do exercício do direito José Carlos Moreira Alves diz que *"Com referência   proibicao do uso anormal da propriedade - o que tem importância nas rela es de vizinhanca no que diz respeito, principalmente, às emissões de fumaça, de calor, de ondas sonoras de um imóvel para o vizinho, causando-lhe dano, sem trazer benefício para o primeiro - não há, nos textos romanos, norma geral proibitiva da prática desses atos. Nas fontes, encontra-se até a enuncia o de princípios opostos a essa proibicao. Foi na Idade Média que surgiu o movimento tendente, dentro de certos limites, a impedir o uso anormal do direito de propriedade, quando com esse uso se visasse apenas prejudicar o vizinho (atos que os juristas medievais denominaram emulativos - atos ad aemulationem)."* (Direito Romano, vol. I, pág. 362). Para Ebert Chamoun a chamada teoria dos atos emulativos não corresponderia   verdade histórica. Segundo ele, *"os romanos sabiam que a simples intencao não torna ilícito o ato e que a pesquisa dela pertence ao domínio das excogita es metajurídicas (nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur, qui suo iure utitur neminem laedit). Asseveram, então, os modernos que ao proprietário são vedados todos os atos que causem influências nocivas ou molestas no imóvel alheio e que constituam uso anormal da coisa; os que puderam ser justificados pelo uso normal, vale dizer, pelas condi es dominantes numa certa sociedade, conquanto prejudiquem o vizinho, devem ser permitidas. Essa teoria "do uso normal" foi substituida pela "teoria da necessidade" segundo a qual são as necessidades sociais absolutas e gerais que autorizam o incômodo; se elas não existem, não se pode tolerar o immittere in alienum ou o facere in alieno. Uma última doutrina parece atingir a verdade histórica e dogmática pela combina o das teorias do uso normal e da necessidade. (Institui es de Direito Romano, pág. 225).*

A idéia de propriedade exclusiva e absoluta revigorou-se na modernidade, a partir do trabalho dos pandectistas e dos glosadores.

O caráter formal do conceito de propriedade no direito romano também é realçado no contraste com a noção de posse. Enquanto a posse ocupava espaço marginal na ordem jurídica romana¹⁷, reservava-se ao direito de propriedade disciplina formal e minuciosa, inclusive no que se refere ao modo de aquisição e de perda do direito, que reforçava o caráter individual e absoluto dos poderes proprietários. Conferia-se ao direito de propriedade ampla proteção jurídica formal. Em relação à tutela da posse prevalecia a atividade pretoriana que valorizava o ato de apropriação efetiva, através dos interditos. As diferenças, entretanto, não impediram que, do ponto de vista jurídico e econômico, a posse fosse cada vez mais vista na perspectiva do direito de propriedade.

Os pontos de contato e de contraste entre posse e propriedade, ao longo da história, são úteis para identificar os elementos necessários para a reflexão teórica que possa romper com a estrutura formal dos conceitos e avançar na construção de tutelas comprometidas com a efetividade material da posse e do direito de propriedade.

¹⁷ Ver supra Capítulo III, Seção 7.

Na Idade Média, a estrutura da propriedade feudal baseou-se no *status* privilegiado do proprietário e na divisão do domínio. A estrutura da propriedade feudal que permitiu a utilização da terra pelo vassalo, mediante o pagamento de renda.

A apropriação da terra ocorria através do instituto da enfiteuse, elaborado a partir da recepção de noções do direito romano, que facilitou a distinção formal entre domínio direto e domínio útil¹⁸

19 .

No feudalismo, portanto, não se alterou o caráter formal do direito de propriedade que se manteve ligado a um modelo econômico onde a agricultura e a apropriação da terra constituíam as principais fontes de riqueza²⁰. A renda obtida pelo

¹⁸ Jose Luis de los Mozos adverte que o conceito de propriedade na Idade Média não retoma a concepção de propriedade quirritária do direito romano. Segundo o jurista, ocorre um esvaziamento da idéia de propriedade que se confunde com a de posse. Para ele "un concepto de propiedad que guarda más relación con la mentalidad posesoria altomedieval, que ha heredado del Derecho romano vulgar, que otra cosa y aunque vaya mas allá de esta tradición jurídica, pero en un sentido distinto. Un concepto en el que posesión y propiedad todavía se confunden, en el juego de la relación del hombre con las cosas, buscando por encima de todo una efectividad en la atribución o poder, al igual que sucede con la creación del dominio útil, en otro sentido y que, por supuesto, poco tiene que ver con la idea de restauración de un concepto de propiedad quirritario." (El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica, pág. 22).

¹⁹ O regime de sesmarias que veio a ser implantado no Brasil se consolidou em Portugal com a penetração do feudalismo em terras portuguesas, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, através de uma forma de detenção precária onde o camponês não detinha a terra em nome próprio, mas em nome de um concedente, a quem paga deveres. A Lei de Sesmarias, editada por D. Fernando I, em 1375, objetivou assegurar o domínio da coroa portuguesa sobre terras abandonadas para redistribuição aos interessados na exploração efetiva da agricultura. A redistribuição de terras pelo poder real confere à propriedade o caráter de privilégio. O direito de propriedade, nesta hipótese, não implica para o proprietário obrigação de exploração direta e efetiva da terra. (Ver José Reinaldo de Lima Lopes, O Direito na História - Lições Introdutórias, São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pág. 76 e seguintes e 405 e seguintes).

²⁰ Em relação ao modelo econômico e o direito de propriedade na Idade Média escreve Arrigo Solmi que "Mentre il medio evo rompeva il concetto unitario ed organico della proprietà romana, creando le varie forme similari della signoria della terra, là dove fosse possibile un legale godimento delle sue ricchezze, e preparando così la dottrina della divisione del dominio; d'altra parte il diritto romano legava alla coscienza giuridica di quei tempi una idea della proprietà, che doveva avere una importanza decisiva nella storia delle manifestazioni civili. Sono due correnti, che si muovono parallele. Da un lato l'economia medioevale, ricondotta a reggersi

senhor feudal tinha caráter residual e ainda não assumia a característica essencial do lucro inerente ao capitalismo²¹.

Seção 10

Direito Moderno: Conceito. Elementos. Impasses e Limites da Propriedade. Titularidade e Transferência

Eric Hobsbawm afirma que um dos elementos identificadores da cultura europeia é o direito de propriedade de natureza individualista, herdado do direito romano²².

Para Kant, cujo pensamento filosófico exerceu profunda influência na modernidade,

fondamentalmente sui prodotti della terra, diventati la fonte precipua della ricchezza, suggerisce le innumerevoli forme delle prestazioni del suolo, che sciolgono l'antica struttura organica dei diritti reali, e piegano il possesso della terra a servire ai varii fini della vita civile, moltiplicando i modi della comunione del suolo, creando il beneficio ecclesiastico o feudale, collocando vicino all'enfiteusi le altre specie di possessi plebei, precarie e livelli, organizzando stabilmente i diritti dei numerosi detentori legittimi della terra. Da un altro lato, la grande eredità del diritto di Roma sopravvive e penetra a fondo negli usi del tempo; sopravvive tra il popolo vinto che, passata la prima furia della conquista, riappare all'aperto e continua negli antichi usi; si affida alla vecchia classe dei conoscitori del diritto, notai e giudici; colloca i propri istituti accanto e sopra a quelli dei vincitori; penetra presso i conquistatori, piegandone le rude concezioni, adattandone le forme di vita, suggerendo, per mezzo dei funzionari più colti, ecclesiastici e laici, gli artifici più convenienti per un assetto più civile della vita." (Studi Storici sulla Proprietà Fondiaria nel Medio Evo, Roma, Società Editrice Del Foro Italiano, 1937, pág. 72). O autor ressalta ainda que, com a Revolução Francesa, houve um retorno espontâneo e decisivo ao direito romano.

²¹ A respeito do sistema feudal escreve Pietro Barcellona que "la struttura feudale della proprietà, in particolare l'esistenza dei diritti signorili di prelievo, si poneva quale fattore antagonistico rispetto a questa forma di conduzione della terra, poiché l'apparato dei diritti feudali costituiva un limite alla formazione del profitto, giacché finiva con l'assegnargli, rispetto alla rendita, un carattere meramente residuale." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, Napoli, Jovene Editore, 1995, pág. 223).

²² A Curiosa História da Europa in Sobre História, São Paulo, Cia das Letras, 1998.

o fundamento da propriedade está na vida do homem em sociedade²³.

O Código Napoleônico, síntese das idéias liberais e do pensamento racionalista inspirador da sistematização do direito moderno, inaugurou o modelo da codificação dispondo que a propriedade é "o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos" (art. 544)^{24 25}. Ainda que o direito de propriedade pudesse ser limitado por lei ou regulamento, a disposição do Code objetivou conferir ao

²³ A garantia da propriedade para Kant deriva do conjunto de leis que regulam a repartição dos bens em uma comunidade. A propriedade para ele é relação jurídica entre pessoas. (ver *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, vol. VIII, pág. 353 e seguintes).

²⁴ Ao examinar o significado do reconhecimento do direito de propriedade pelo artigo 544, do Código Napoleônico, Pietro Barcellona afirma que "Il fondamento civile della proprietà è pertanto la migliore garanzia per la costituzione di quel sistema di rapporti sociali che la borghesia liberale dell'epoca richiedeva, per la fondazione cioè dell'economia di mercato. Sotto questo profilo, il fondamento legale della attribuzione del diritto giova ad instaurare un nuovo rapporto tra proprietari privati e potere pubblico. L'acquisto del diritto, infatti, e con esso l'acquisto del potere di piena utilizzazione del bene avviene senza alcun'altra mediazione che non sia l'atto formale di acquisto previsto dalla legge; nessuna investitura e nessun riconoscimento diverso occorrono per divenire proprietari e godere come tali della tutela giuridica. Ciò comporta la istituzione di un sistema in cui proprietari liberi ed uguali liberamente godono e dispongono di beni, non più qualificati in base alla loro appartenenza (terre feudali o no, ecc), ma solo come beni mobili o immobili, cioè come merci, sulla base di atti volontari (negozi giuridici) ai quali la legge dello Stato (una legge uguale per tutti) conferisce l'efficacia che i privati vogliono. Il rapporto tra proprietari e Stato è mediato solo dalla legge. Il riconoscimento generale ed astratto del diritto di proprietà è pertanto la premessa dell'economia di mercato, della separazione tra sfera privata (cioè economia) e sfera pubblica (cioè política). Lo Stato garantisce la proprietà privata in quanto già garantisce l'individuo e l'eguaglianza formale degli individui: la garanzia della libertà individuale di godere e disporre dei beni è così la garanzia della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, cioè ancora una volta del mercato. In questa prospettiva il fondamento "civile" del diritto di proprietà non vale soltanto a distinguere le proprietà "giuste" da quelle "ingiuste" dal punto di vista per così dire statico dell'attribuzione del diritto, esso vale ancor di più a sanzionare la libertà dell'esercizio del potere sulle cose senza alcuna interferenza, né di altri privati, né dello Stato. Al nuovo ordinamento spetta soltanto il compito di attribuire efficacia all'atto di acquisto conforme alla legge. Proprietà e contratto appaiono così sempre più come i poli costitutivi della nuova dialettica sociale espressa dai rapporti di mercato." *Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno*, pág. 228/229).

²⁵ Antes do Código Napoleônico, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já colocava a propriedade entre os direitos naturais do homem.

proprietário poderes absolutos no uso e na disposição da coisa objeto da propriedade²⁶.

A disciplina jurídica do direito de propriedade no século XIX colocou em relevo a natureza econômica da propriedade imobiliária e seu papel preponderante na acumulação individual de riqueza²⁷. Acentuou-se a concepção individualista da

²⁶ Referindo-se ao contexto histórico em que elaborado o Código Napoleônico Anna de Vita afirma que "Consciente di elaborare le strutture di un nuovo mondo il Codice Napoleone interpretò fedelmente lo spirito rivoluzionario. L'Europa del "grand siècle juridique" raccogliendone il messaggio volle seguirne l'esempio. La legge è sovrana, i poteri separati, il proprietario dispone dei suoi beni "de la manière la plus absolue" (art. 544 cc) e le convenzioni legalmente costituite "tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (art. 1134cc). Stordita dal disordine e dagli abusi dell'era precedente la società del secolo diciannovesimo aspira, dopo la lotta, alla sicurezza del diritto, alla saldezza delle istituzioni, al conforto dei principi assoluti." (La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea - Analisi Comparativa del Diritto Francese, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 10).

²⁷ Na relação entre o tratamento jurídico da propriedade imobiliária individual e sua função econômica Karl Marx assinala que na propriedade fundiária "A própria concepção jurídica quer dizer apenas que o proprietário fundiário pode proceder com o solo assim como com as mercadorias o respectivo dono; e essa concepção - a concepção jurídica da livre propriedade do solo - só ingressa no mundo antigo à época da dissolução da ordem social orgânica e, no mundo moderno, com o desenvolvimento da produção capitalista. Na Ásia, ela foi introduzida pelos europeus apenas em algumas regiões. Na seção sobre a acumulação primitiva (Livro Primeiro, cap. XXIV) viu-se como esse modo de produção pressupõe, por um lado, que os produtores diretos se libertem da condição de meros acessórios do solo (na forma de vassallos, servos, escravos etc) e, por outro lado, a expropriação da massa do povo de sua base fundiária. Nessa medida, o monopólio da propriedade fundiária é um pressuposto histórico e continua sendo o fundamento permanente do modo de produção capitalista, bem como de todos os modos de produção anteriores que se baseiam, de uma maneira ou de outra, na exploração das massas. Mas a forma em que o incipiente modo de produção capitalista encontra a propriedade fundiária não lhe é adequada. Só ele mesmo cria a forma que lhe é adequada, por meio da subordinação da agricultura ao capital; com isso, a propriedade fundiária feudal, a propriedade do clã ou a pequena propriedade camponesa combinada com as terras comunais são também transformadas na forma econômica adequada a esse modo de produção, por mais diversas que sejam suas formas jurídicas. Um dos grandes resultados do modo de produção capitalista é que, por um lado, transforma a agricultura, de um procedimento meramente empírico e mecânico tradicional da parte menos desenvolvida da sociedade num emprego científico consciente de Agronomia, desde que isso seja possível sob as condições da propriedade privada; dissocia inteiramente a propriedade fundiária das relações de dominação e servilismo feudais, e ainda separa por completo o solo, enquanto condição de trabalho, da propriedade fundiária e do senhor da terra, para o qual a terra representa apenas um tributo em dinheiro que, por meio de seu monopólio, ele arrecada do capitalista industrial, o arrendatário. Os vínculos se rompem a tal ponto que o proprietário fundiário pode passar toda a vida em Constantinopla enquanto sua propriedade fundiária se encontra na Escócia. Assim, a propriedade fundiária recebe sua forma puramente econômica, eliminando todos os seus antigos ornamentos e amálgamas políticos e sociais, em suma, todos aqueles ingredientes tradicionais que os próprios capitalistas industriais, bem como seus porta-vozes teóricos, denunciavam, como veremos mais tarde, no fragor de sua luta contra a propriedade fundiária, como sendo uma excrescência inútil e absurda. A racionalização da agricultura, permitindo que esta possa, afinal, ser exercida socialmente, por um lado, e a redução da propriedade fundiária ad absurdum, por outro, são estes os grandes méritos do modo de produção capitalista. Como seus demais progressos históricos, também este foi obtido de início mediante a total pauperização dos produtores diretos." (O Capital: Crítica da Economia Política, São Paulo, Abril S/A Cultural, vol. III, Tomo 2, 1985, pág. 124/125).

propriedade²⁸ para garantir a apropriação dos bens de produção e assegurar a viabilidade econômica do capitalismo^{29 30}.

A propriedade absoluta, entretanto, sujeita apenas a vontade do proprietário³¹, passou a sofrer restrições tendentes a coibir abusos e a preservar o interesse social³². As restrições impostas ao exercício dos poderes proprietários, no decorrer do século XX, não chegaram a destruir a essência do direito de propriedade mas, seguramente, alteraram-lhe o conteúdo de forma a harmonizar os interesses do proprietário e os interesses sociais ou dos não-proprietários³³. Em torno desta harmonização de interesses, aumentaram as exigências de observância

²⁸ É ilustrativa da concepção teórica da propriedade como direito individual e absoluto, o conceito proposto por Décio Ferraz Alvim que afirma que a propriedade privada *"funda-se num princípio da lei natural; é conforme à natureza racional do homem, pois que, o homem, tem o natural domínio sobre os bens materiais, que lhe são destinados à realização e desenvolvimento do ser."* (Concepção Institucional de Propriedade, Estabelecimento Gráfico Cruzeiro do Sul, pág. 99). Em outro sentido, Jaime Augusto Cardoso de Gouveia, depois de criticar as várias correntes jusfilosóficas que identificaram o fundamento da propriedade na liberdade, na lei positiva ou no direito natural, afirma que o fundamento da propriedade está na sua utilidade social. (Construção Jurídica da Propriedade, Lisboa, Papelaria e Tipografia Paulo Guedes, 1919, pág. 41 e seguintes).

²⁹ De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, no século XIX, a propriedade deixa de configurar apropriação do mundo material presente e passa a ser apropriação do mundo do trabalho alheio e da riqueza futura. (Ver O Direito na História - Lições Introdutórias, pág. 408).

³⁰ Para Gerd Bornheim a revolução industrial promove a cultura do ter. Bornheim pensa a importância do descobrimento para a modernidade. O descobrimento para ele tem dois traços fundamentais, a universalidade que constrói o processo histórico e o espírito crítico, e opera em dois níveis, na abertura de horizontes e na descoberta da alteridade. A descoberta do outro se apoia em categorias como sujeito/objeto, espaço/tempo, ser/ter. Por isso, afirma Bornheim que pelo ser o homem chega a ter e pelo ter ele chega a ser. O homem vive a dialeticidade entre ser e ter. (O Conceito de Descobrimento, Rio de Janeiro, Eduerj, 1998, pág. 16 e 66 e seguintes).

³¹ Para Ugo Natoli, o conteúdo do direito de propriedade caracterizado pelo poder de gozo e de disposição *"è tendenzialmente senza limiti, ma in concreto può essere variamente limitato."* (La Proprietà - Appunti Delle Lezioni I - Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pág. 90.)

³² Luiz Edson Fachin cita Orlando Gomes para quem as restrições ao direito de propriedade absoluta refletiram a tendência de humanização que surgiu como reação ao individualismo exacerbado no exercício do direito. (Da Propriedade como Conceito Jurídico, in Revista dos Tribunais n.º 621, Julho de 1987, pág. 16 e seguintes).

pelo proprietário de imposições de natureza social³⁴ de modo a viabilizar a adaptação do exercício dos poderes proprietários a uma realidade social e econômica com menos ênfase individualista, ainda que orientada pelos valores do liberalismo econômico. Em função das exigências sociais com que se defrontaram o exercício dos poderes proprietários e a própria ordem jurídica, a delimitação do conteúdo da propriedade tornou-se objeto de disciplina legal. Passou-se a considerar que o exercício do direito de propriedade não está sujeito apenas à vontade do proprietário, mas que também é objeto de controle por meio de disposição legal e que o proprietário não pode deixar de observar o princípio de função social na utilização da coisa objeto da propriedade³⁵. Esta nova situação observada por

³³ Orlando Gomes ressalta que "no mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não-proprietários." (Direito Reais, 14.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 1999, pág. 111).

³⁴ Conforme afirma Salvatore Pugliatti "Non si deve pensare ad una artificiale o forzata evoluzione storica del diritto di proprietà, precipitata in un decennio, verso la radicale trasformazione del concetto tradizionale; ma piuttosto alla affermazione di nuove esigenze sociali che non distruggono, ma riducono in giusti limiti quelle puramente individuali. La tutela di tali esigenze sociali aggiunge nuovi aspetti al concetto di proprietà che, conservando quelli originari, in proporzioni sia pure più ridotte, si arricchisce ed allarga, diventando capace di adattarsi alle nuovissime norme che delle additate esigenze son l'effetto necessario ed inevitabile. Così il diritto di proprietà rimane al centro dell'ordinamento giuridico-sociale, riflettendo, in una gamma più ricca e in una scala più estesa, esigenze tradizionali non cancellate e nuove impellenti necessità politico-sociali, e contemperando su più stabile base di equilibrio l'interesse pubblico e l'interesse privato." (La Proprietà nel Nuovo Diritto, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, pág. 49).

³⁵ De Acordo com Anna de Vita, "La decadenza del concetto di sovranità, sia in campo publicistico che in campo privatistico, ha rotto l'equilibrio della non interferenza reciproca tra sfera dell'interesse generale e sfera dell'interesse individuale. All'interno della situazione di proprietà il movimento centrifugo dal potere del dominus ha imposto al legislatore la necessità di considerare, e indi garantire, i diritti di altri soggetti che esercitano una attività effettiva riguardo alla res. Proteggendo il soggetto attivo si restringe l'ambito d'esercizio del proprietario inerte o negligente. L'interesse particolare cede di fronte ad altro interesse particolare attualmente giudicato, a torto o a ragione, più rilevante. All'esterno della situazione di proprietà concreti interessi di ordinamento - esigenze di economia nazionale, protezione del patrimonio artistico, naturale, archeologico, urbanistico, tutela della salute pubblica - comportano il sacrificio dell'interesse individuale a favore dell'interesse sociale." (La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea - Analisi Comparativa del

Salvatori Pugliatti permitiu-lhe conceituar a propriedade como o direito de gozar e dispor das coisas, segundo determinação legal³⁶.

Pietro Barcellona afirma que o instituto da propriedade privada é o elemento fundante do sistema do ordenamento jurídico moderno³⁷. O modelo económico do capitalismo, que permite a troca de mercadorias no mercado, articula-se em torno do direito de propriedade³⁸. A racionalidade do mercado, pressuposta pela filosofia do liberalismo económico, está baseada no direito de propriedade. A manutenção da estrutura da propriedade privada, entretanto, somente se tornou possível na modernidade com o estabelecimento de limites ao exercício do direito de propriedade. O próprio funcionamento do mercado, à medida que cresceu

Diritto Francese, pág. 90/91). Referindo-se ao conceito de função social na ordem jurídica italiana Giovanni Silvio Coco afirma que "L'utilità sociale altro non è che un'espressione elaborata per indicare unitariamente un complesso di diritti fondamentali che la Costituzione ha voluto tutelare, in modo che essi non possano essere manomessi dall'esercizio, da parte di privati, di attività economiche. La funzione sociale consiste nella idoneità di un diritto a conseguire scopi di utilità sociale o fini sociali, cioè a non contrastare con l'utilità sociale e a promuoverla." (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pág. 158).

³⁶ Ver La Proprietà nel Nuovo Diritto, pág. 51.

³⁷ Pietro Barcellona escreve que "La società borghese nasce come società dei proprietari, ma il principio proprietario assume sin da questo momento quei connotati che lo porteranno ad essere da principio sorto storicamente a garanzia di un ceto, a principio di organizzazione e funzionamento dell'intero sistema. Nel principio proprietario, infatti, si condensano e si riassumono tutte le istanze costitutive della società moderna, fondata sul libero scambio e sulla appropriazione privata della ricchezza." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, pág. 140).

³⁸ A propriedade não é estranha aos modelos económicos socialistas embora, neste caso, tenha função diferenciada da dos modelos económicos capitalistas (ver Constituição Portuguesa de 1976). Em relação a URSS, Romano Canosa escreve que "Non deve sembrare strano, a questo punto, che in URSS siano state viste con fastidio le forme "comunitare" di proprietà e che la preferenza sia stata sempre accertada alla proprietà statale, alla quale sono state sempre subordinate tutte le altre (si pensi, ad esempio, al condizionamento che le stazioni macchine e trattori hanno esercitato fino al loro scioglimento, sulle economie calcasione), così come non deve meravigliare che, su un piano di dogmatica giuridica, siano stati respinti con insofferenza i tentativi di introdurre una nozione di proprietà "frazionata" facente capo alle aziende singole." (Storia Delle Forme di Proprietà in URSS, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano - Dott A Giuffrè Editore, 1976, pág 1008 e seguintes).

a complexidade das relações econômicas, exigiu a imposição de limites ao poder de disposição das coisas pelo proprietário de forma a assegurar a concretização dos atos de troca e a conseqüente acumulação de capital, essenciais para o desenvolvimento do capitalismo.

A tentativa de identificar o fundamento teórico do conceito de propriedade esbarra na contingência dos valores e na configuração social e histórica das relações sociais e de produção, que influenciam a forma de apropriação de bens na sociedade. Ao invés de buscar-se o fundamento jusfilosófico da propriedade, que na maioria das vezes fornecerá compreensão parcial do instituto, deve-se reconhecer que o fundamento da propriedade é determinado por valores sócio-econômicos que condicionam a apropriação de bens e a satisfação de necessidades em determinado momento histórico.

No Brasil, de modo geral, a doutrina tradicional conceitua a propriedade e, conseqüentemente, o direito de propriedade a partir do conteúdo de lei positiva integrante do ordenamento jurídico. Com essa prática, evita-se identificar os elementos históricos e sócio-econômicos coenvolvidos no conceito e fica facilitada a adoção de abordagem formalista do fenômeno da propriedade. Caio Mário da

Silva Pereira, por exemplo, parte da definição de propriedade constante do Código Napoleônico e do Código Civil Brasileiro de 1916 e, depois de inventariar algumas alternativas para enfrentar o problema do conceito de propriedade, opta por aceitar o adotado pelo Código Civil de 1916³⁹. O conceito, desse modo, já não é apenas o de propriedade ou o de direito de propriedade, mas o do direito de propriedade como positivado no ordenamento jurídico brasileiro situação que, do ponto de vista científico, torna o conceito menos valioso. Este déficit de valor científico é mais acentuado quando tomado o conceito positivado no ordenamento jurídico sem que pressuposta na análise a relação do conceito posto com a realidade social que lhe é subjacente.

Pontes de Miranda trata do conceito de propriedade de uma visão mais larga e por isso mesmo passível de maior precisão científica. Para ele, propriedade é o que se tem como próprio, é o domínio ou todo o direito sobre coisas corpóreas⁴⁰. O conceito de propriedade é considerado de vários aspectos e a relação com o domínio é feita por Pontes de Miranda em sentido estrito de forma que a propriedade contém o

³⁹ Caio Mário da Silva Pereira afirma que "*Fixando a noção em termos analíticos, e mais sucintos, dizemos, como tantos outros, que a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha. E ao mesmo tempo nos reportamos ao conceito romano, igualmente analítico: dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur.*" (Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, 7. Ed., Cia. Editora Forense, vol IV, 1987, pag. 71.)

domínio⁴¹. O domínio diz respeito ao conteúdo da propriedade, à relação do proprietário com a coisa objeto da propriedade. De acordo com Pontes de Miranda, o conteúdo da propriedade e mesmo o do domínio é dado a *posteriori* por disposição legal. O autor, portanto, remete a configuração material do conceito de propriedade para a concretude do ordenamento jurídico, que é diferente da atitude metodológica de construção do conceito de propriedade da perspectiva de determinado ordenamento jurídico positivo.

As exigências sociais colocadas pela modernidade impuseram o abrandamento do conteúdo absoluto da propriedade de forma a propiciar a adaptação do instituto às incessantes mudanças da realidade histórica. Não é mais possível considerar a propriedade fora do contexto social e histórico ou definir-lhe a essência por meio do conceito e da abstração⁴². A configuração da propriedade surge à luz

⁴⁰ Ver Tratado de Direito Privado, Tomo XI, pag. 9 e 28.

⁴¹ Pontes de Miranda adverte que "Não há conteúdo a priori, jusnaturalístico, de propriedade, senso lato, nem conceito a priori, jusnaturalístico, de domínio." (Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, 2. ed. Editor Borsari, vol. XI, pág. 9). Para Pontes de Miranda o conteúdo da propriedade não está predeterminado o que, evidentemente, afasta da sua concepção a idéia de direito de propriedade absoluto.

⁴² Giovanni Silvio Coco escreve que "Il concetto classico di proprietà, recepito, nel suo nucleo centrale, dal Codice, inquadra il diritto nella fase statica e nei rapporti esterni; esso disciplina l'appropriazione dei beni, i rapporti tra proprietari e fra proprietario e altri soggetti, per la delimitazione dell'esterno della sfera di dominio, nonché la tutela del diritto. In questa prospettiva tutti gli interessi del proprietario sulla cosa sono tutelati e tutti i poteri di godimento, di utilizzazione e di sfruttamento sono ritenuti leciti; il proprietario può compiere sulla cosa tutti gli atti, che non siano vietati da un preciso divieto legale, e i terzi hanno il dovere di astenersi da ogni atto di molestia e turbativa. Ma la disciplina della proprietà non si limita a questi aspetti. Nell'epoca corrente l'istituto è caratterizzato da un complesso di nuove componenti, che pongono l'esigenza di una diversa prospettiva e, con essa, la necessità di verificare la idoneità del modello classico a intendere e razionalizzare i dati dell'esperienza concreta." (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, pág. 116).

dos elementos da situação proprietária concreta. Gustavo Tepedino afirma que se chegou a uma noção pluralista de propriedade regulada a partir de um determinado ordenamento positivo⁴³.

A propriedade compreende a apropriação individual ou coletiva de coisas. A apropriação que integra a propriedade tem natureza social e econômica. Mesmo que a apropriação de coisas ocorra por ato individual, ela apenas se torna possível em sociedade e a partir da existência de relações sociais. O pressuposto da apropriação é a existência do outro. É pela presença do outro que é medida a disponibilidade da coisa para apropriação. Algo que é permanentemente disponível não exige apropriação. Com a limitação da disponibilidade faz-se necessária a apropriação.

⁴³ De acordo com Gustavo Tepedino "A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas "una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa" (referindo-se a P. Perlingieri - esta observação não consta do texto do autor), necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere." (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Liv. Editora Renovar Ltda, 1999, pág. 279). No mesmo sentido, Antonino Procida Mirabelli di Lauro diz que "Lo studio della proprietà, nell'ordine giuridico contemporaneo, si sviluppa dunque col passaggio dalla considerazione del dominio como diritto soggettivo a "quella della proprietà come situazione giuridica soggettiva complessa sai attiva che passiva, e infine a quella del rapporto fra due situazione giuridiche appartenenti a soggetti diversi". Il rapporto infatti, determina un radicale mutamento di angolo visuale. Anche sotto il profilo lessicale, la proprietà da sostantivo degrada ad aggettivo. Perde il postulato dell'assolutezza e l'arroganza alla utilizzazione del bene con le concrete e diverse situazione soggettive che l'ordinamento qualifica come meritevoli di tutela. Il rapporto regola insieme con gli interessi dominicali quelli, giuridicamente rilevanti e giudizialmente azionabili, di categorie determinate di soggetti che in concreto, in relazione alla funzione del bene, sono coinvolte nel processo di utilizzazione di esso e che si trovano in una posizione di conflittualità attuale o potenziale con il proprietario." (La Proprietà come Rapporto. A Proposito Dell'Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell'Art. 844 cc, in Rassegna di Diritto Civile, n.º 02, 1998, pág. 347 e seguintes)

Por outro lado, paralelo à limitação de disponibilidade, a vida em sociedade exige a apropriação de bens para satisfação das necessidades individuais ou coletivas. À medida em que se multiplicam as exigências de satisfação de necessidades, o ato de apropriação de bens passa a depender da existência de uma determinada forma de organização sócio-econômica. Esta forma de organização deve preservar e manter a apropriação e evitar o conflito generalizado que colocaria em risco a existência da vida social, máxime diante da possibilidade de escassez de bens objeto de apropriação. A apropriação contínua de bens, portanto, estrutura-se no quadro de uma determinada ordem social e econômica.

Do ponto de vista conceitual, não se mostra viável erigir a vontade individual em elemento estruturante do direito de propriedade porque a vontade do proprietário, considerada de forma isolada, não é suficiente para tornar possível o ato de apropriação. O ordenamento jurídico deve incorporar elementos valorativos da realidade social⁴⁴, de modo a evitar que os conceitos jurídicos permaneçam

⁴⁴ Como enfatiza R. Nicolò, citado por Gustavo Tepedino (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in *Temas de Direito Civil*, São Paulo, Livraria e Editora Renovar Ltda, 1999, pág. 278), *"se il diritto è la forma di una realtà sociale, non si può non riconoscere, come del resto riconoscono i romanisti più sensibili alle esigenze del mondo in cui vivono, che sai anacronismo pensare che una realtà sociale, che non há ormai nessun punto di contatto con quella di duemila*

prisioneiros da abstração. Não pode prevalecer a idéia de elementos conceituais idealizados como, por exemplo, no caso de uma vontade individual universal e universalizante integradora do direito de propriedade. Somente desse modo será possível tutelar o direito de propriedade de acordo com as exigências sociais de cada momento histórico.

Diferentemente do defendido por José Luis de los Mozos o direito de propriedade não constitui conceito unitário⁴⁵. A configuração do direito de propriedade está ligada à realidade social e econômica, de modo que a história da propriedade, conforme acentua Salvatore Pugliatti, se integra a história da vida em sociedade⁴⁶.

O que é relevante, portanto, é o aspecto material da concretização do direito de propriedade em relação a determinado titular.

Pode-se afirmar, inclusive, que a formulação do conceito de propriedade deve ocorrer na perspectiva da situação proprietária concreta.

anni fa, possa tollerare, e addirittura considerare adeguate, forme e strutture che le sono estranee." (Diritto Civile in Enc. Dir., XIV, Milano 1964, pág. 907).

⁴⁵ José Luis de Los Mozos diz que "la propiedad privada se ofrece como un concepto unitario, aunque dentro del mismo puedan caber innumerables matices y, por tanto, números modalidades, dependientes de sus elementos subjetivos y objetivos, o del próprio contenido del derecho, habida cuenta la elasticidad del mismo (nuda propiedad, propiedad fiduciaria, ad tempus, indisponible o disponible sólo limitadamente etcétera)." Para ele a função social da propriedade "no es un concepto jurídico en sentido próprio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad..." "Concepto de propiedad y función social son, por tanto, categorías heterogéneas que no pueden ponerse en el mismo plano. Se opone a ello, además, la noción de derecho subjetivo y la propia unidad del concepto de propiedad por mucho que se aplique o recaiga sobre objetos de diversa naturaleza. En una palabra, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico y, aunque tenga un significado o una relevancia jurídica, queda fuera del sistema." (El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica, pág. 157/158 e 202).

A tutela do direito de propriedade deve estar direcionada para assegurar a satisfação do direito de propriedade concretamente considerado, circunstância que poderá exigir fórmulas de tutelas diferenciadas, adaptáveis aos valores do caso concreto.

A delimitação do direito de propriedade concreto e das tutelas necessárias para protegê-lo exige metodologia interpretativa capaz de captar os valores da realidade social e histórica em que inserida a situação proprietária concreta ou a relação proprietária subjetiva.

Desde o direito romano consideram-se elementos ou faculdades da propriedade o uso, a fruição e o poder de disposição do proprietário em relação à coisa. De acordo com Pontes de Miranda, o titular do direito de propriedade pode utilizar a coisa de forma regular e impedir a intromissão de outras pessoas. Os poderes proprietários estão enfeixados no domínio que é, segundo Pontes de Miranda, o direito limitado, quanto ao conteúdo, mas, dentro desse, ilimitado, de poder sobre a coisa⁴⁷. É necessário reconhecer, todavia, que não é possível estabelecer *a priori* o alcance e os limites das faculdades inerentes ao direito de propriedade. A elasticidade característica do direito de propriedade permite

⁴⁶ La Proprietà nel Nuovo Diritto, pág. 147.

adaptação às peculiaridades do que Pietro Perlingieri denomina de situação proprietária subjetiva⁴⁸, influenciada por valores específicos da realidade social e histórica. A possibilidade de assimilação dos valores da realidade fática, que surgem do conflito entre interesses proprietários e não-proprietários, pelo direito de propriedade, é que irá determinar o alcance e os limites do exercício dos poderes proprietários e a fórmula apropriada de tutelas. As faculdades do direito de propriedade, portanto, não estão determinadas *a priori*, de forma abstrata. Trata-se na verdade de um complexo de faculdades atreladas à subjetivação do direito concretamente considerado⁴⁹.

Sobre o conteúdo das faculdades proprietárias incidem limitações positivas ou negativas, estabelecidas por disposição legal que impõem ao proprietário a observância de determinado comportamento no exercício dos poderes proprietários⁵⁰ que esteja de acordo com os interesses sociais.

⁴⁷ Tratado de Direito Privado, vol. XI, pág. 30.

⁴⁸ Ver Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1997, pág. 105 e 221.

⁴⁹ Conforme Salvatori Pugliatti "Il diritto di proprietà, come ogni diritto subbiiettivo, ha per contenuto delle facoltà. Non è facile, nè possibili enunciare tutte le concrete facoltà dalle quali esso risulta costituito, poichè esso positivamente va concepito piuttosto come unità di potere anzichè come somma di facoltà; ma è pur possibile tenere come punti di riferimento due facoltà tipiche: quella di godimento e quella di disposizione, la prima delle quali anzi "non è una facoltà determinata, ma un complesso generico di facoltà, e talvolta di tutte le facoltà costituenti il contenuto del diritto soggettivo." (La Proprietà nel Nuovo Diritto, pág. 15).

⁵⁰ Pietro Barcellona escreve que "Si può dire in linea di massima che dal punto di vista dell'esercizio delle facoltà proprietarie i limiti assumono la veste o del divieto di un certo comportamento, ovvero del pati, del non potere impedire che altri tenga un certo comportamento." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, pág. 147).

As limitações ao exercício do direito de propriedade se inscrevem na tendência dos institutos de direito privado na modernidade de incorporar exigências sociais restritivas do individualismo difundido pela ideologia do liberalismo econômico. A natureza das limitações impostas ao direito de propriedade acompanha a dinâmica da história. Os limites legais ao exercício do direito de propriedade, embora restrinjam a extensão das faculdades proprietárias, não investem contra a existência do direito, estritamente considerado. Ao contrário. Através da imposição de limites ao exercício do direito de propriedade coordenam-se interesses públicos e privados, onde a coordenação estabelecida resulta, em essência, no reforço da garantia de respeito ao direito de propriedade.

A faculdade de disposição da coisa objeto da propriedade concede ao proprietário, entre outros poderes, o de transferência do direito que se opera primordialmente através do contrato⁵¹.

O direito subjetivo de propriedade⁵² concretiza-se na pessoa do proprietário que é o titular

⁵¹ A transmissibilidade, de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, decorre da monetarização dos direitos relativos à propriedade que se torna mercadoria dissociada da unidade produtiva familiar. (O Direito na História - Lições Introdutórias, pág. 405 e seguintes).

⁵² O direito subjetivo afirma Pietro Barcellona "sta ad indicare quella situazione concretantesi nella manifestazione ed attuazione di un interesse individuale come tale particolarmente protetto dall'ordinamento giuridico. Im omaggio poi alla migliore tradizione dommatica, secondo la quale il diritto soggettivo si esprime in un fascio di facoltà, il legislatore riconnette al diritto del proprietario - ma potremmo dire, più semplicemente, al diritto di proprietà - le due fondamentali facoltà di godere e di disporre delle cose che formano oggetto del suo diritto. Sia l'una che

do direito e pode exercer as faculdades a ele inerentes⁵³.

Na titularidade da propriedade, o proprietário é considerado indivíduo dotado do poder de dispor da coisa, de forma que a transferência da propriedade, operada pelo contrato, ocorre entre indivíduos no exercício da autonomia da vontade. O contrato, portanto, é o instrumento que o proprietário utiliza para exercitar o poder mais amplo da faculdade de disposição contida no direito de propriedade que é o da transferência da propriedade da coisa.

Por meio da titularidade estrutura-se o caráter individual e exclusivo da propriedade. O título de propriedade, todavia, não esgota todas as potencialidades do direito de propriedade e, diante dos deveres impostos pelo princípio da função social, já não é suficiente para conferir ao proprietário o poder outrora absoluto de usar, usufruir e dispor da coisa. Sem deixar de ser direito, a propriedade obriga.

l'altra facoltà infatti non descrivono un singolo tipo di comportamento, ma sinteticamente tutti i possibili atti e comportamenti che, sulla base di caratteri comuni, sono riconducibili rispettivamente al godimento o alla disposizione." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, pág. 143).

⁵³ José Reinaldo de Lima Lopes ressalta que a concepção de direito subjetivo de propriedade é relativamente recente e deriva da teoria da propriedade como direito natural e subjetivo de Locke. (Ver O Direito na História - Lições Introdutórias, pág. 405 e seguintes).

Capítulo V

Posse e Propriedade na Realidade Social e Jurídica Brasileira¹

Seção 11

O Modelo Econômico

De acordo com Vital Moreira, o modo como articuladas as relações de produção define a característica do sistema econômico. No capitalismo², os meios de produção pertencem ao capitalista, enquanto que o trabalhador detém apenas a propriedade da força de trabalho. Considerada mercadoria, a força de trabalho é remunerada de acordo com as tendências do mercado.

Na economia capitalista, os bens adquirem a forma abstrata da mercadoria, de modo a viabilizar o sistema de trocas no mercado. O dinheiro expressa a forma mercadoria por excelência, porque trocável por qualquer outra mercadoria.

¹ O desenvolvimento deste capítulo iniciou-se com a monografia "Direito Constitucional de Posse e Propriedade na Realidade Social, Econômica e Jurídica Brasileira", relativa a disciplina de Tendências do Direito Constitucional Contemporâneo, no curso ministrado em 1999, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève.

² São características principais do capitalismo, segundo Vital Moreira: 1) a apropriação privada do produto social; 2) rendimentos sem trabalho (lucros, juros, etc.); 3) direção do processo produtivo exercida pelos donos dos meios de produção orientada em função do lucro; 4) operação por meio do sistema de mercado. (A Ordem Jurídica do Capitalismo, 3.ª ed., Coimbra, Editor Centelha, 1978, pág. 28).

A ideologia individualista, defendida pelo liberalismo econômico, tornou possível a configuração do capitalismo. Na sociedade moderna capitalista os institutos jurídicos são definidos pelos princípios fundantes do individualismo e da autonomia privada³. Ao indivíduo sujeito de direitos é reconhecida a autonomia de vontade que o habilita a prática de atos tendentes a viabilizar a troca de mercadorias no mercado. Sujeito de direito, autonomia privada, contrato, propriedade, entre outras, são categorias jurídicas que objetivam traduzir certa igualdade formal nas relações sócio-econômicas entre indivíduos, indispensável para o exercício da liberdade negocial, para a existência do mercado e para a acumulação individual de riqueza. O ideário do liberalismo econômico pretende que a economia, regulada pelo princípio do individualismo, adquira racionalidade específica que, de um lado garanta a produção de bens e a acumulação privada de riqueza e, de outro, possa manter a esfera privada a salvo da ingerência do Estado e da política, cujo papel, no caso do Estado, se

³ Ana Prata define autonomia privada como o poder conferido ao homem pela ordem jurídica de, como sujeito de direito, juridicizar atos. Segundo a autora "A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos" (A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Coimbra, Livraria Almedina, pág. 11).

restringe ao de guardião da liberdade e da iniciativa individuais⁴.

Desde o final do século XIX, o individualismo exacerbado defendido pelo liberalismo econômico passou a ser combatido porque a prática liberal, à proporção em que provocava a acumulação individual de riqueza, aumentava os índices de pobreza e agravava os problemas sociais decorrentes do ônus do desenvolvimento industrial. Verificou-se na realidade social e econômica liberal a contradição do duplo movimento estudada por Karl Polanyi, onde a prática radical do liberalismo econômico, dado os desequilíbrios que provoca, é seguida pelo crescimento da demanda por proteção social⁵.

⁴ A idéia de mercado, segundo Pietro Barcellona, "riassunta nella formula del laissez faire e quella del proprietario gestore único erano peraltro un portato del pensiero fisiocratico, dichiaratamente orientato per una politica economica di sostegno della produzione attraverso gli sgravi fiscali e la libertà di esportazione. L'idea dell'appropriazione individuale della ricchezza prodotta attraverso la trasformazione della natura, sebbene diversamente giustificata, era una costante del pensiero filosofico-giuridico del XVIII e XIX secolo. Dalla formulazione di Locke, che legava il diritto di appropriarsi delle cose alla necessità naturale di ciascun uomo di appagare i propri bisogni, a quella idealistica, fatta propria dalla scuola storica, che vedeva la proprietà come dominio dell'uomo sulla natura e quindi realizzazione della sua infinita libertà e personalità; l'individuo libero e proprietario, produttore responsabile, uguale ai suoi simili davanti alla legge, rimane il protagonista del pensiero filosofico e giuridico." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, Napoli, Jovene Editore, 1995, pág. 237).

⁵ De acordo com José Luiz Fiori, Karl Polanyi enfrentou o problema da correlação desfavorável de poder entre as nações no processo da economia global capitalista e, em trabalho clássico, publicado em 1944, (A Grande Transformação), propôs "uma interpretação absolutamente original sobre a natureza e as raízes da crise que destruiu a "civilização liberal" do século XIX, entre as duas grandes guerras mundiais do século XX. Mas ao discutir o "século liberal" e a sua crise dos anos 1930, Polanyi, de fato, transcendeu o seu próprio tema e lançou as bases e a agenda de uma nova economia política internacional, que se propunha o estudo simultâneo e histórico das relações entre os Estados, as moedas, os mercados e a luta pela riqueza capitalista. Sua tese sobre a crise dos anos 1930 é bem conhecida. Polanyi não se restringe ao campo econômico e recua no tempo histórico para encontrar as raízes últimas da crise na mercantilização do trabalho, da terra e do dinheiro, e no conflito entre as tendências expansivas dos mercados auto-regulados e as medidas políticas defensivas, de resistência e contenção, tomadas pelas sociedades para não serem aniquiladas pelas forças entrópicas geradas pelo funcionamento dos próprios mercados. Contradição que se aprofunda a partir da segunda metade do século XIX e acaba atingindo e destruindo, nas primeiras décadas do século XX, as quatro grandes instituições em que se apoiou o sucesso liberal: seu sistema de "equilíbrio de poder" europeu, seu "sistema monetário internacional" baseado no padrão-ouro, seus "Estados e crenças liberais", e, finalmente, os seus próprios "mercados auto-regulados". A força do argumento histórico de Polanyi está na sua tese

A idéia de Estado Social, que se generalizou no século XX, tentou responder aos desafios decorrentes dos problemas sociais provocados pela prática liberal. A premissa liberal que impunha ao Estado o dever de resguardar tão-somente a liberdade individual e de zelar pelo funcionamento do mercado é substituída pela noção de Estado regulador da atividade econômica, que tem papel ativo na defesa do interesse público. Nesta nova dimensão, a atuação do Estado não se restringe à garantia da existência do mercado, mas amplia-se para abranger a promoção de políticas sociais destinadas a minimizar os desequilíbrios resultantes da acumulação privada da riqueza.

A tarefa atribuída ao Estado de regular a economia e de atuar na solução dos problemas sociais produz efeitos diretos na esfera do direito de propriedade com a ampliação de limitações legais⁶ ao exercício dos poderes proprietários. Busca-se assegurar a concretização do princípio de bem-estar social,

sobre a simultaneidade dos dois processos: o da expansão e complementaridade das quatro ordens institucionais que permitiu à Europa viver um século de paz e prosperidade e o da autodestruição dessas mesmas instituições, que culmina com a ruptura do padrão-ouro, levando à crise dos anos 30 e ao início de uma nova era, quando os mercados vieram a ser transitoriamente contidos e redisciplinados pela pressão social e pela vontade política dos Estados." (Estados, Moedas e Desenvolvimento, in Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1999, pág. 54).

⁶ Sobre o redirecionamento das funções do Estado no que concerne a propriedade, Pietro Barcellona escreve que "La riforma fondiaria e la politica contadinistica insieme alla disciplina dei patti agrari e dell'affitto costituiscono momenti essenziali della risposta politica alla "questione sociale", che ha conosciuto anche momenti conflittuali particolarmente accentuati, e che per questo è presente, quale terreno programmato di intervento pubblico." Ressalta que "In questo contesto la riduzione dei poteri proprietari per la tutela della posizione di chi con i propri o altrui mezzi lavora e mette a profitto la terra, non costituisce una deroga al principio proprietario, ma al contrario una tecnica di rimozione degli ostacoli (nella specie la rendita) che talune forme proprietarie oppongono alla attuazione del principio della massimizzazione della produzione." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, pág. 241).

através do planejamento da produção de bens e do estímulo estatal ao desenvolvimento econômico.

A intervenção estatal no domínio econômico introduz no direito constitucional a tutela da ordem econômica⁷. A disciplina jurídica da ordem econômica contém implícito o reconhecimento da falência do princípio de igualdade formal que orientava os institutos jurídicos do Estado liberal. As limitações do projeto liberal evidenciaram a necessidade de busca da concretização de princípios de igualdade substancial e de reconhecimento da relevância do papel da cidadania na construção do espaço público na vida social. Através da tutela constitucional da ordem econômica, colocou-se para o direito a tarefa de enfrentar e viabilizar juridicamente a solução dos conflitos decorrentes dos desequilíbrios sociais e econômicos.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou a tutela da ordem econômica, a exemplo das anteriores, desde 1934. A ordem econômica tutelada na Constituição contempla um modelo. José Afonso da Silva entende que a ordem econômica na Constituição está baseada no modelo de economia de mercado, de natureza

⁷ Vital Moreira trata da noção de constituição econômica que, segundo ele, engloba os "institutos que definem a propriedade dos meios de produção e as relações de produção, a delimitação da esfera de competência do estado e dos "sujeitos econômicos privados" as formas de organização dos "sujeitos econômicos" entre si, etc." (A Ordem Jurídica do Capitalismo, pág. 136).

capitalista⁸. Para Eros Roberto Grau, a Constituição de 1988 fez opção pelo sistema capitalista, cujo modelo econômico é aberto, descrito pelo autor como modelo de bem-estar⁹.

Com base no elenco de princípios fundamentais do artigo 1.º, da Constituição Brasileira de 1988, que assumem a característica de princípios estruturantes do sistema de normas constitucionais¹⁰, é possível afirmar que, na tutela da ordem econômica, a Constituição consagra o sistema capitalista, orientado pelos princípios da livre iniciativa e da valorização

⁸ Para José Afonso da Silva "A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1., IV)." (Curso de Direito Constitucional Positivo, 11.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996, pág. 720).

⁹ Eros Roberto Grau afirma que "A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que têm uma visão estática da realidade; para eles, estática também há de ser a Constituição - a uma visão estática dos fatos sociais apenas pode corresponder, já o afirmei, uma visão também estática do Direito. A Constituição é um dinamismo. Assim, a ordem econômica de que cuida, a ser complementada pelo legislador ordinário, no quadro dos seus princípios - e, saliento, não há nenhum mal em que a Constituição a ele atribua essa tarefa, de dar concreção aos princípios - veicula uma ideologia que não se fecha em si própria. O que pretendo dizer, com isso, é que ela não é maniqueísta, a ponto de justificar afirmações qual a de Hobbes: "Pois não duvido que, se acaso fosse contrária ao direito de domínio de alguém, ou aos interesses dos homens que possuem domínio, a doutrina segundo a qual os três ângulos de um triângulo são iguais a dois ângulos de um quadrado, esta doutrina teria sido, se não objeto de disputa, pelo menos suprimida, mediante a queima de todos os livros de geometria, na medida em que os interessados de tal fossem capazes". Mais, pretendo dizer, ainda, que o modelo econômico postulado pela ordem econômica na Constituição de 1988 caracteriza-se - de modo análogo àquele adotado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, como salienta Eckard Rehbinder - por apresentar apenas pontos de proteção contra modificações extremas, que conferem ao legislador ordinário, no entanto, campo (largo) para tomar decisões. Esse modelo há de ser complementado pelo legislador ordinário, evidentemente tangido, também, pelos princípios e regras contempladas no bojo da Constituição." Na seqüência afirma que "há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar." (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1991, pág. 288/289).

¹⁰ Sobre a noção de princípio estruturante ver J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pág. 345 e seguintes.

do trabalho. Trata-se de constituição dirigente¹¹, onde o modelo econômico acolhido pelo texto constitucional tem por escopo atingir os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3.º). A ordem econômica tutelada na Constituição sujeita-se a observar e garantir efetividade aos princípios e direitos fundamentais porque eles produzem efeitos em relação a todas as normas e princípios integrantes do texto constitucional e do ordenamento jurídico.

De forma específica, no que se refere a ordem econômica, assumem relevância os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho que constituem o fundamento da atividade econômica, conforme o disposto no artigo 170, da Constituição. O princípio da livre iniciativa não se restringe a assegurar a liberdade de organização empresarial, com o objetivo de auferir lucros, mas, consoante o que observa Eros Roberto Grau, estando relacionado a valorização do trabalho, deve ser

¹¹ Em relação a idéia de constituição dirigente J. J. Gomes Canotilho escreve que "Respondendo aos problemas de positividade, normalização e legitimidade das tarefas estaduais, a lei fundamental aproxima-se dum plano, em que a realidade se assume como tarefa tendente à transformação do mundo ambiente que limita os cidadãos. Deste modo, a definição, a nível constitucional, de tarefas econômicas e sociais do Estado, corresponde ao novo paradigma da constituição dirigente, embora se possa e deva discutir qual a "causa" deste "novo caráter" dos textos constitucionais." (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1994, pág. 169).

compreendido de forma ampla para abranger o direito do cidadão a obter, através do trabalho, condição de vida digna¹².

Relativamente a intervenção do Estado no domínio econômico, a Constituição de 1988 não adotou formas de dirigismo. De acordo com a Constituição, a intervenção estatal na economia deve ocorrer com o objetivo de preservar o sistema de mercado¹³. O modelo de intervenção, todavia, não impede o texto constitucional de contemplar o princípio da função social da propriedade e o direito social à moradia entre outros instrumentos jurídicos úteis a construção de tutelas concretas da posse e da propriedade, cuja conformação material pode ser construída pelo legislador ordinário e pela jurisprudência, atentos aos valores da realidade e ao caráter dinâmico implícito no texto da Constituição.

¹² Da livre iniciativa afirma Eros Roberto Grau "se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento - aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado - aí a acessibilidade." E conclui "Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1., IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica." (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), pág. 222).

¹³ Eros Roberto Grau entende que na Constituição a intervenção do Estado não ocorre contra mas a favor do mercado. (ver A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), pág. 211).

Seção 12

Estrutura Latifundiária

A compreensão da relação entre a forma de apropriação de bens, particularmente da terra, e as crises sociais e econômicas no Brasil¹⁴ é fundamental para estabelecer os contornos materiais da posse e do direito de propriedade no país. Investigar-se o modo como articuladas a posse e a propriedade da terra também pode contribuir para reduzir a distância que separa a posse e o direito de propriedade, conceitualmente considerados pelo ordenamento jurídico, do fato da posse e da situação proprietária concreta. A análise da forma de apropriação da terra é útil ainda para estabelecer os contornos da concretização do princípio da função social da propriedade que esteja de acordo com os objetivos traçados na Constituição Federal de 1988 de garantia do desenvolvimento, de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades.

¹⁴ José Eduardo Faria, ao situar as crises econômicas brasileiras se refere ao que ele chama de "momento maquiavélico" que, segundo o autor no Brasil "decorre, fundamentalmente, de três crises convergentes: no plano sócio-econômico, uma crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, uma crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico-institucional, uma crise da própria matriz organizacional do Estado, na medida em que este parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo simultaneamente centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionalista e atomizador quer dos conflitos sociais quer das próprias contradições econômicas." (*Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993, pág. 38).

O modo de apropriação da terra no feudalismo, onde a propriedade era privilégio conferido ao proprietário pelo poder político, contrastava com a concepção burguesa da propriedade, que veio a preponderar na modernidade, concebida como meio de produção destinado a obtenção de lucro e de acumulação individual de riqueza. A propriedade feudal constituía obstáculo a circulação de mercadorias e ao desenvolvimento da produção agrícola e industrial, entre os outros fatores, porque dificultava o assalariamento da mão-de-obra. Conforme afirma Pietro Barcellona, a regra do artigo 544, do Código Napoleônico, objetivou dissolver a estrutura feudal de apropriação da terra e, ao mesmo tempo, reconhecer a propriedade privada como instituto fundamental da nova ordem jurídica¹⁵.

¹⁵ Secondo Pietro Barcellona "Alla luce dell'analisi storica possiamo affermare che l'art. 544 sancisce il principio proprietario nell'ambito di una strategia che è al tempo stesso antifeudale, diretta cioè ad impedire ogni possibile "ritorno" di rapporti sociali di tipo feudale, e costitutiva del sistema moderno dei rapporti economici, sociali e politici. Sotto il primo profilo, la ricostruzione del significato e della funzione storica dell'art. 544 non può operarsi senza considerare che la norma è l'esito di una complessa vicenda legislativa diretta ad abolire il regime feudale nelle campagne, attraverso vari provvedimenti di riforma fondiaria, e a sanzionare un nuovo assetto proprietario che "rivoluzionava" la base strutturale dei rapporti feudali (e quindi la base del potere delle vecchie classi dominanti). La privatizzazione della terra avviene in pratica attraverso la progressiva abolizione dei diritti di prelievo e delle giurisdizioni signorili, l'abolizione delle servitù collettive e la ripartizione delle terre comuni, ed infine la confisca dei beni ecclesiastici. Mentre ad evitare ogni possibile riproduzione di forme di dipendenze personali e di status sociali differenziati, ovvero di forme non "libere" di utilizzazione della terra, si fissavano (nel codice o in provvedimenti singolari) nuovi principi e regole precise per la disciplina dei rapporti tra proprietari e lavoratori della terra, o tra proprietari e titolari di diritti di godimento, ed anche per la libera circolazione delle terre, che dietro la nuova qualifica formale di "beni immobili" diventavano, come i beni mobili, merci accessibili a tutti sulla base di un libero accordo. Il principio della tipicità (del numero chiuso) dei diritti reali, la disciplina delle servitù come servitù prediale (di un fondo a favore di un altro) e non personali; l'affermazione del diritto di recinzione (che sancisce la fine delle servitù collettive); sono tutti strumenti con i quali coercitivamente si attuava la fine della proprietà feudale e si creavano le condizioni per consentire la piena affermazione, nel sistema dei rapporti sociali, di quanto l'art. 544 dichiarava solennemente: il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, salvi gli usi vietati dalla legge o dai regolamenti. Il profondo significato antifeudale dell'art. 544 non è senza importanza

O instituto da propriedade de natureza privada e individual, introduzido no ordenamento jurídico, e que de certo modo consolida os postulados da modernidade no direito, resultou de alterações nas relações de produção. O modo de produção feudal foi substituído pelo modo de produção capitalista, baseado na propriedade privada dos meios de produção, inclusive da terra, e no contrato.

No Brasil, não há consenso entre historiadores, cientistas políticos, economistas e juristas a respeito da ocorrência histórica no país da transição entre o sistema feudal de apropriação da terra e o sistema da propriedade privada, próprio do capitalismo. Segundo alguns, nas relações de produção no campo brasileiro operou-se a transição para o sistema da propriedade privada, fato que dispensaria a realização de reforma agrária. Para outros, as relações de produção no campo ainda mantêm elementos de estrutura feudal o que tornaria necessária a reforma agrária para operar a transição definitiva para o sistema de produção capitalista e superar os obstáculos ao desenvolvimento econômico e social do país¹⁶.

per comprenderne l'altro aspetto, quello più spiccatamente progettuale e costitutivo. La dissoluzione delle strutture feudali è il primo atto di quella complessa decisione politica con la quale la borghesia giunta al potere costituirà il nuovo ordine sociale. Il riconoscimento della proprietà privata è il secondo atto essenziale di questa vicenda costituente del nuovo ordine." (Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno, pág. 224/225).

¹⁶ José Reinaldo de Lima Lopes afirma que o Brasil teve três regimes de terras. O regime de sesmarias entre 1500 e 1822; o regime de posse entre 1822 e 1850, com o advento da Lei 601 (Lei de Terras); e o regime que introduz o princípio da transferência da propriedade pela transcrição

Entre os que defendem a implantação no Brasil desde a época colonial e a manutenção até hoje - ainda que de forma mitigada - do sistema feudal de apropriação da terra encontra-se Alberto Passos Guimarães. Para ele, somente através da implementação de reforma agrária seria possível romper com as relações de produção existentes no campo brasileiro que impediriam o desenvolvimento econômico nacional¹⁷.

O regime de sesmaria e, posteriormente, as fazendas de café e de açúcar, que formaram a base da economia colonial e do Império,

(Lei Geral de Hipotecas de 1864 e Código Civil de 1916). (Ver O Direito na História - Lições Introdutórias, São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pág. 352 e seguintes).

¹⁷ Alberto Passos Guimarães afirma que "O monopólio feudal e colonial é a forma particular, específica, por que assumiu no Brasil a propriedade do principal e mais importante dos meios de produção na agricultura, isto é, a propriedade da terra. O fato de ser a terra o meio de produção fundamental na agricultura indica um estágio inferior da produção agrícola, peculiar às condições históricas pré-capitalistas. À medida que o capitalismo penetra na agricultura, vão-se desenvolvendo, e aumentando sua proporção no conjunto, os demais meios de produção, isto é, os meios mecânicos de trabalho, as máquinas ou os instrumentos de produção, as construções, os elementos técnicos e científicos, etc., de tal maneira que numa agricultura plenamente capitalista, esses passam a ser (e não mais a terra) os principais meios de produção. Quanto à agricultura brasileira, é fato comprovado pelos dados estatísticos que continua a caber à terra aquele papel predominante no conjunto dos meios de produção. Por isso, na situação objetiva de nossa agricultura, dominar a terra, açambarcá-la, monopolizá-la significa ter, praticamente, o domínio absoluto da totalidade dos meios de produção agrícolas. Acresce que o monopólio da terra, nas condições pré-capitalistas de nossa agricultura, assegura à classe latifundiária uma força maior do que o poderio econômico, uma outra espécie de poder que freqüentemente supera e sobrevive àquele - o poder extra-econômico. O poder extra-econômico é uma característica e uma sobrevivência do feudalismo. Ele se exerce, ainda nos nossos dias, através do "governo" das coisas e das pessoas dentro e em torno dos latifúndios. Aquilo que Antonil recriminava no século XVIII ("Quem chegou a ter título de senhor, parece que em todos quer dependência de servos") e Koster observava no século XIX ("O grande poder do agricultor, não somente nos seus escravos mas sua autoridade sobre as pessoas livres das classes pobres"), revive, no século XX, sob a forma do "coronelismo" de antes de 1930 e, com algumas modificações no estilo, não desapareceu até hoje. Graças a esse tipo de relações coercitivas entre os latifundiários e seus "moradores", "agregados", "meeiros", "colonos", "camaradas" e mesmo assalariados, estendendo-se também aos vizinhos de pequenos e médios recursos, alguns milhões de trabalhadores brasileiros vivem, inteiramente ou quase inteiramente, à margem de quaisquer garantias legais ou constitucionais e sujeitos à jurisdição civil ou criminal e ao arbítrio dos senhores de terras. Estes últimos determinam as condições dos contratos de trabalho, as formas de remuneração, os tipos de arrendamento, as lavouras e criações permitidas, os preços dos produtos, os horários de trabalho, os serviços gratuitos a prestar, ditam as sentenças judiciais e impõem as restrições à liberdade que lhes convêm, sem o mínimo respeito às leis vigentes. Todas essas e outras relações extra-econômicas derivam do monopólio feudal da terra e correspondem a um tipo de exploração pré-capitalista que consiste em coagir os trabalhadores a lavrarem a terra que não lhes pertence, por processos primitivos ou rotineiros e mediante uma ínfima participação no produto de seu trabalho." (Quatro Séculos de Latifúndio, 6.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra Ltda., 1989, pág. 35/36).

estavam inseridas em sistema de produção agrícola que exigia o cultivo de extensas áreas de terras e que necessitava do uso intensivo de mão-de-obra barata, suprida pelo trabalho escravizado do índio e do negro¹⁸. A apropriação da terra constituía o principal meio de produção porque a atividade econômica, sustentada na monocultura, estava direcionada para a exportação de produtos agrícolas.

A Lei de Terras de 1850¹⁹ dificultou o acesso a propriedade fundiária porque deliberadamente aumentou o valor da terra²⁰ mantendo intocada a estrutura de apropriação imobiliária estabelecida desde o regime da economia colonial²¹.

¹⁸ Fernando Pereira Sodero lembra que o Brasil nasceu marcado pela grande propriedade agrícola ou pecuária que condicionou a economia rural. (Esboço Histórico da Formação do Direito Agrário no Brasil, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial n.º 01, ano 1, Julho-Setembro de 1977, pág. 153 e seguintes).

¹⁹ Lei n.º 601, de 18 de Setembro de 1850.

²⁰ A título de exemplo, o artigo 14, da Lei n.º 601/1850, dispunha que "Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta pública, ou fora dela, quando e como julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta à venda, guardadas as regras seguintes: § 1º - A medição e divisão serão feitas, quando o permitirem as circunstâncias locais, por linhas que corram de Norte ao Sul, conforme o verdadeiro meridiano, e por outras que o cortem em ângulo reto, de maneira que forme lotes ou quadrados de 500 braças por lado, demarcados adequadamente. § 2º - Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que não se puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço mínimo, fixado antecipadamente e pago à vista, de meio real, um real, um real e meio, e dois reais, por braça quebrada, segundo for a situação dos mesmos lotes e sobras. § 3º - A venda fora em hasta pública será feita pelo preço que se ajustar, nunca abaixo do mínimo fixado segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Tesouro Público, com assistência do Chefe da Repartição Geral de Terras, na Província do Rio de Janeiro, e ante as tesourarias, com assistência de um delegado do dito chefe, e com aprovação do respectivo e atual Presidente, nas outras províncias do Império."

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a Lei de Terras de 1850 introduz na ordem jurídica e econômica brasileira o sistema de apropriação da terra como mercadoria. Produz também complexidade procedimental e substantiva insolúvel que leva a legalizar a grilagem e a instrumentalizar a desordem calculada a que se refere James Holston, quando trata do direito agrário brasileiro. (Ver O Direito na História - Lições Introdutórias, pág. 357 e seguintes).

²¹ Raymundo Faoro escreve que "A Lei de 1850 não lograra, inspirada pelo povoamento e colonização, compensar, pela pequena propriedade, o rumo expansionista do latifúndio. Reforçara, contudo, à margem das sesmarias, algumas posses, voltadas à grande extensão. Frustra a repartição da propriedade, limitada ao cultivo e à morada do lavrador, o estatuto corresponde à tendência político-econômica dos meados do século XIX, desenfeudando a propriedade, ao mercantilizá-la, com a redução a valor monetário, transmissível e avaliável. No seu seio pulsa o nervo

No século XX persistiu a concentração da propriedade rural de grande extensão, apesar da edição de leis tendentes a democratizar o acesso a terra, como é o caso do Estatuto da Terra²². A legislação agrária não produziu resultados substanciais na multiplicação de propriedades e de proprietários rurais e no conseqüente incremento da produção agrícola.

A área de terras incultas no Brasil ainda é maior que a de áreas destinadas a lavouras permanentes²³ e a produção agrícola, principalmente a de grãos, é declinante nos últimos anos²⁴. De forma predominante, a produção agrícola brasileira permanece

antilatifundiário, no estilo da grande propriedade incólume à economia urbana, dirigida pelos potentados e caudilhos alheios às interferências do poder público. Há estreita conexão da tarefa legislativa com a centralização política, efetiva sobre a base de um núcleo de direção urbana do dinheiro, o dinheiro que alimenta as plantações, fornece escravos e exporta a produção. A grande propriedade não é hostilizada como grande propriedade, mas como o latifúndio sobranceiro ao Estado, que regula o crédito e pede garantias para este. O proprietário senhor de rendas cede lugar ao empresário, com a conta-corrente de crédito e débito amarrada à cidade, cidade situada no centro do Império." (Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro, 11ª ed., São Paulo, Editora Globo S/A, 1995, vol 2, pág. 410/411).

José Reinaldo de Lima Lopes escreve que o Brasil teve dificuldade para assimilar as exigências do liberalismo do século XIX que se perverteu na justificação da propriedade ilimitada, associada ao exercício despótico do poder político dos proprietários. (Ver O Direito na História - Lições Introdutórias, pág. 352 e seguintes).

²² Lei n.º 4504 de 30 de Novembro de 1964. Fernando Pereira Sodero afirma que o Estatuto da Terra assegurou a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela função social indicando no § 1.º, do artigo 2.º os elementos caracterizadores da funcionalização. (Curso de Direito Agrário - 2, Brasília-DF, Fundação Petrônio Portella, 1982, pág. 35). Os elementos a que se refere Sodero encontram-se substancialmente contemplados no artigo 186, da Constituição Federal de 1988.

²³ A área total de lavouras permanentes é de 7.541.626 hectares enquanto que o total da área produtiva não utilizada chega a 16.360.085 hectares. Também é ilustrativa da estrutura latifundiária no campo a utilização de mais de 150.000.000 de hectares para pastagens de um total de área destinada a produção agropecuária de 353.000.000 hectares. (Fonte: IBGE - Censo Agropecuário Brasileiro 1995/1996).

²⁴ Nos últimos dez anos a área plantada de grão reduziu em 13,5%. Esta situação agrava os problemas sociais do país porque reduz a oferta de trigo, milho e feijão, entre outros produtos de consumo indispensável para a maioria dos brasileiros. (Fonte: Oliveira, Roberto, Folha de S. Paulo, "País planta menos e importa mais", 06 de Março de 2000, 3.º caderno, pág. 1).

apoiada na apropriação de grande extensão de terra e a terra ainda constitui o principal meio de produção.

A concentração da propriedade da terra impede a utilização de tecnologia intensiva na agricultura, acirra o conflito em torno do acesso à terra e, no limite, retarda o desenvolvimento social e econômico²⁵. A multiplicação de proprietários rurais, inclusive por meio da concretização do princípio da função social da propriedade e da tutela concreta da posse e da propriedade, poderá facilitar a introdução maciça de tecnologia na agricultura e provocar a qualificação da mão-de-obra, com o conseqüente aumento da renda dos trabalhadores rurais. Pode estimular também o processo migratório do campo rumo à cidade porque diminui a dependência da produção agrícola de grandes contingentes de mão-de-obra. A relação sócio-econômica entre cidade e campo, no desenrolar desse processo, adquire importância decisiva porque é na cidade que se desenvolve o processo de industrialização

²⁵ A respeito do papel da tecnologia na agricultura Alberto Passos Guimarães escreve que "Compreende-se à luz da experiência dos países desenvolvidos, que a condição básica, para abrir caminho, sem entraves, à revolução tecnológica, é a preexistência de um desenvolvimento intensivo da agricultura por período mais ou menos longo, o que, por sua vez, só pode ter lugar quando precedido por mudanças estruturais profundas que destruam o sistema latifundiário semifeudal, que extirpem, das relações de trabalho, as práticas coercitivas pré-capitalistas e que permitam a elevação das remunerações rurais a níveis coerentes com a vida moderna. No Brasil dos dias em que vivemos, o processo de desenvolvimento intensivo da agricultura não foi iniciado em larga escala, as mudanças na estrutura da propriedade ainda não se fazem em ritmo acelerado, o sistema latifundiário mantém rigidamente sua ordem de valores, as relações de trabalho, mesmo quando sua aparência se assemelhe às relações do tipo capitalista, guardam em geral no seu conteúdo as marcas de feudalismo e de escravismo. Por todas essas razões, as remunerações rurais são ínfimas e vis; e de tal modo ínfimas e vis que, na maioria das vezes, se uma máquina moderna pode fazer o trabalho de vinte ou trinta homens, ainda assim sai mais barato remunerar vinte ou trinta homens do que custear o trabalho dessa máquina." (Quatro Séculos de Latifúndio, pág. 249).

e de consumo, inclusive de produtos agrícolas, que pode aumentar a riqueza e reduzir desigualdades.

Seção 13

Espaço Urbano

A vida na cidade depende da existência de outras cidades e da atividade agrícola que não pode ser desenvolvida nos limites do território urbano. Na cidade, organizam-se o Estado e o exercício do poder. Formam-se os exércitos e exige-se o pagamento dos tributos.

A diferenciação social entre a atividade urbana e a atividade rural decorre da acumulação de capital provocada pelo excedente alimentar produzido no campo.

A economia urbana permitiu o desenvolvimento do comércio e o surgimento da indústria. O capital comercial sustentou o mercantilismo e o colonialismo e foi responsável pela abolição dos privilégios da aristocracia feudal e das corporações de ofício. A revolução industrial dos séculos XVII e XVIII é fenômeno tipicamente urbano²⁶.

²⁶ Conforme afirmou-se na monografia "Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano" é evidente o caráter econômico do processo de urbanização. De acordo com Mark Gottdiener, os padrões urbanos contemporâneos podem ser explicados pelo menos através de dois ângulos. O ângulo da visão convencional, que predomina nos Estados Unidos, e que

A economia urbana, portanto, é um dos principais fatores a impulsionar o processo de urbanização. Mark Gottdiener ressalta, entretanto, que não se pode dar ênfase excessiva a fatores econômicos para a explicação do processo de urbanização²⁷. Com base na obra de Henri Lefebvre, Gottdiener enfatiza que é necessário fugir do economicismo, pois a cidade e o espaço urbano não podem ser concebidos apenas como a soma de locais de produção e de consumo. Lefebvre considera o espaço urbano uma das forças de produção e, para ele, é por meio do espaço urbano que a sociedade se reproduz, o que lhe permite afirmar que o capitalismo como modo de produção sobreviveu em parte por seu uso do espaço como reforçador daquelas relações sociais necessárias a essa sobrevivência²⁸. Por isso,

abrange as escolas da ecologia, da geografia e da economia urbana, e o ângulo da visão alternativa que inclui o estruturalismo marxista, a economia política urbana, o neweberianismo e a idéia de produção social do espaço. A ecologia urbana propõe a explicação de padrões espaciais por fatores behavioristas ou sociobiológicos e enfatiza uma visão sistêmica dos ajustamentos da sociedade ao meio ambiente. A economia e a geografia urbanas adotam a lógica da teoria da localização para explicar a diferenciação funcional cada vez mais complexa do espaço urbano. Os limites da visão ecológica, geográfica e econômica do processo urbano para Gottdiener estão em que a ciência urbana convencional ainda hoje faz *"uso de uma abstração mistificadora e uma ênfase num processo incontroverso de ajuste e integração funcional para esconder os importantes problemas concretos da vida diária que surgem da desigualdade de distribuição de recursos que tanto Weber quanto Marx reconheceram ser a principal força impulsionadora da história social."* (A Produção Social do Espaço Urbano, São Paulo, Edusp, 1997, pág. 48). Segundo Gottdiener, mesmo a teoria marxista que defende a correlação mecânica entre um determinado modo de produção e uma forma de configuração urbana sustenta explicações monocausais e positivistas para um fenômeno complexo, com o abandono da dialética e a reprodução da forma de abordagem do pensamento convencional. (Ver Francisco Cardozo Oliveira, Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano, Agosto de 1999, pag. 07). Ultimamente, com a globalização, o espaço urbano tornou-se objeto do chamado planejamento estratégico que, segundo Otilia B. Fiori Arantes, procura reproduzir entre as cidades a idéia de competitividade empresarial por meio da valorização da denominada dimensão cultural, que permite intervenções pontuais nas cidades, com a realização de obras de grande apelo visual e mercadológico (Ver Uma Estratégia Fatal - In A Cidade do Pensamento Único - Desmanchando Consensos, Petrópolis, Editora Vozes Ltda. 2000, pág. 11 e seguintes).

²⁷ A Produção Social do Espaço Urbano, pág. 26.

²⁸ Ver Henri Lefebvre, A Revolução Urbana, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 1999, pág. 111 e seguintes. Sobre os efeitos da urbanização nas relações de produção ver do mesmo autor A Cidade do Capital, São Paulo, DP& A Editora, 1999.

Gottdiener defende a teoria da produção social do espaço urbano, formulada por Henri Lefebvre, porque para ele produz-se espaço como mercadoria²⁹.

A idéia de produção social do espaço urbano revela-se abordagem adequada para a compreensão da complexidade do processo de urbanização porque valoriza a ação da cidadania e confere efetividade ao direito à cidade. De fato, admitido que o espaço social é dominado pela cultura e que, conforme assinala Lefebvre, os problemas dos usuários do espaço decorrem da articulação complexa entre forças econômicas, políticas e culturais, evidencia-se a dimensão espacial da vida social que permite identificar o conflito em torno da apropriação do espaço³⁰.

Mark Gottdiener reconhece que o espaço é produto social resultante da configuração histórica das relações sociais e de produção. Para ele, o valor dos imóveis é criado por localizações sócio-espaciais, decorrentes de atividades associadas à produção de riqueza. Milton Santos afirma que o espaço resulta de diferenciações históricas na combinação de

²⁹ Na definição de Henri Lefebvre, citada por Mark Gottdiener, "o espaço é produzido como nenhuma outra mercadoria. Tem ao mesmo tempo uma realidade material e uma propriedade formal que o capacita a encerrar a realidade material de outras mercadorias e suas relações sociais. Exatamente como outras mercadorias, ele representa ao mesmo tempo um objeto material e um processo que envolve relações sociais. Ao contrário de outras mercadorias, ele recria continuamente relações sociais ou ajuda a reproduzi-las." (A Produção Social do Espaço Urbano, pág. 133).

³⁰ A Revolução Urbana, pág. 111 e seguintes.

recursos³¹. A configuração do espaço resulta também da atuação de forças políticas e da intervenção do Estado orientada pela ideologia do crescimento. Através de políticas econômicas e de planejamento urbano, o Estado intervém no espaço para modificá-lo e alterar-lhe a estrutura. O aspecto político da intervenção estatal no espaço determina a distribuição de benefícios e de sacrifícios decorrentes do desenvolvimento social e econômico. Conforme sustenta Gottdiener, o desenvolvimento econômico produz benefícios e ônus, sendo que os ônus, geralmente, são suportados pelo conjunto da sociedade e se traduzem na deterioração da qualidade de vida (poluição, congestionamentos de tráfego, etc.).

A articulação da cidadania pode ser determinante para que a produção e a transformação do espaço ocorram em benefício do cidadão³².

Desde o começo do século XX, quando se iniciou de fato o processo de urbanização no Brasil, a oferta de imóveis não tem sido suficiente para atender a demanda crescente de moradias nas cidades. A

³¹ De acordo com Milton Santos "A região e o lugar não têm existência própria. Nada mais são que uma abstração, se os considerarmos à parte da totalidade. Os recursos totais do mundo ou de um país, quer seja o capital, a população, a força de trabalho, o excedente, etc., dividem-se pelo movimento da totalidade, através da divisão do trabalho e na forma de eventos. A cada momento histórico, tais recursos são distribuídos de diferentes maneiras e localmente combinados, o que acarreta uma diferenciação no interior do espaço total e confere a cada região ou lugar sua especificidade e definição particular. Sua significação é dada pela totalidade de recursos e muda conforme o movimento histórico." (A Natureza do Espaço - Técnica e Tempo, Razão e Emoção, 3.ª ed., São Paulo, Editora Hucitec Ltda., 1999, pág. 131).

³² Francisco Cardozo Oliveira, Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano, pág. 7/8.

inspiração liberal das políticas estatais retardou a ação do Estado na busca de soluções para o problema habitacional. A crescente falta de moradias, entretanto, veio a exigir a intervenção do Estado no espaço urbano através de planos de desenvolvimento e de legislação urbanística. Nabil Bonduki ressalta que até 1930 a visão liberal-oligárquica que dominou o Estado brasileiro tratou a questão habitacional de um ponto de vista repressivo, preocupado com a manutenção da ordem sanitária. Predominou nesse período, segundo Bonduki, a produção de casas para aluguel estimulada pelo direito de propriedade regulado na Constituição e no Código Civil que permitia a denúncia vazia para o despejo³³. O estudo de Nabil Bonduki, referido a cidade de São Paulo, evidencia o papel político e ideológico desempenhado pela legislação na concretização de políticas propostas pelo Poder Público para a solução de problemas sociais.

A ação do Estado na solução do problema social da moradia, de início, não se traduziu na formulação de políticas de habitação para o país. Através da edição de legislação urbanística, o Estado passou a realizar obras de embelezamento e de abertura

³³ Para Nabil Bonduki, a reflexão em torno do problema da habitação, nos anos 30, fornecia o suporte ideológico para transferir para o Estado e os trabalhadores o encargo de mobilizar recursos para enfrentar o problema da moradia ao mesmo tempo em que satisfazia o desejo da elite de eliminar cortiços do centro da cidade e segregar o trabalhador na periferia com redução dos custos de moradia e ampliação do espaço físico entre as classes sociais. (Origens da Habitação

de ruas e avenidas que acabaram afastando moradores do centro da cidade. Ao mesmo tempo, o controle sanitário, que se tornou prioridade governamental, justificava a intervenção do Estado no espaço urbano e a violação de direitos de cidadania. O Código Sanitário de 1894, que regulamentava a construção de casas populares, permitia a vistoria sumária de residências, principalmente as dos operários, vistas como focos de infecções. A ação intervencionista do Estado reconheceu insalubre a moradia popular e limitou-se a reordenar o centro da cidade, com a demolição de cortiços e a abertura de ruas e avenidas. Estabeleceu-se ainda rígido controle sanitário em torno da vida da população operária. Não havia a preocupação de propiciar condições creditícias para a aquisição e a manutenção da casa própria até porque o que predominava era a locação de casas e cômodos. Também não se concebia a habitação como problema relacionado ao interesse público.

A figura do contrato de locação, tutelado no Código Civil Brasileiro de 1916, absorveu os pressupostos do individualismo e do direito absoluto de propriedade. Em 1942, através da Lei do Inquilinato, o governo de Getúlio Vargas congelou o valor dos aluguéis³⁴. Ao mesmo tempo em que assegurou a

Social no Brasil - Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria, São Paulo, Fapesp - Editora Estação Liberdade Ltda, 1998, pág. 77 e seguintes).

³⁴ Decreto-Lei 4598/1942.

popularidade do governo, a lei desestabilizou o mercado de locação e reorientou a inversão de capital destinada a produção de casas de aluguel para a capitalização das indústrias, em atendimento a reivindicação dos industriais paulistas. A Lei do Inquilinato de 1942 foi decisiva para a industrialização de São Paulo. Os objetivos implícitos da edição da lei demonstram a relação existente entre o processo de acumulação de capital decorrente da produção industrial e o de acumulação de capital no mercado imobiliário.

Com a regulamentação do contrato de trabalho, a estatização da previdência social e a construção de moradias pelos institutos de aposentadoria, o Poder Público, nos anos 30 e 40, do século XX, interveio no espaço urbano em que o trabalhador deveria viver e reforçou o processo de reprodução ideológica dos valores defendidos pelo Estado³⁵. Do ponto de vista do uso do espaço urbano, Nabil Bonduki ressalta que a produção de moradias pelos institutos de aposentadoria e pensões permitiu soluções arquitetônicas inovadoras, como a adotada na construção do Conjunto Residencial Pedregulho, no Rio de Janeiro,

³⁵ Nabil Bonduki assinala que a política de habitação do Estado, sob o governo de Getúlio Vargas, excluía o trabalhador rural e os trabalhadores urbanos informais. Segundo ele, "*fascinada pelo fascismo italiano*", a base ideológica do Estado Novo contribuiu decisivamente para que a questão da moradia se tornasse um problema público a ser enfrentado por organizações corporativas como os institutos de aposentadorias e pensões. (Origens da Habitação Social no Brasil - Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria, pág. 111/112).

onde o prédio longo e serpenteante ajusta-se a paisagem local. As soluções arquitetônicas refletiam o debate travado na Europa dos anos 20, em torno da habitação social, do barateamento da construção, da racionalidade de espaços e da viabilização de propostas urbanísticas como a da cidade-jardim e de inclusão de equipamentos urbanos³⁶. A arquitetura moderna propunha que as funções domésticas fossem transferidas do espaço privado para equipamentos sociais e comunitários.

A partir de 1964, o Sistema Financeiro da Habitação³⁷, e o já extinto Banco Nacional da Habitação, incorporaram os valores do modelo desenvolvimentista do regime militar. O financiamento para a aquisição da casa própria oriundo do Sistema Financeiro da Habitação destinou-se, prioritariamente, às empresas construtoras e às pessoas de classe média. A intervenção estatal na construção e financiamento de moradias populares, feita através do Sistema Financeiro da Habitação, resultou em projetos arquitetônicos medíocres e monótonos. Apesar do esforço para baratear as construções, conforme ressalta Nabil Bonduki, o Banco Nacional da Habitação financiou

³⁶ Ver Origens da Habitação Social no Brasil - Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria, pág. 145 e seguintes.

³⁷ Lei n.º 4380/64.

a construção de pequenas residências a preços inacessíveis para as famílias de baixa renda³⁸.

A falta de políticas habitacionais por parte do Estado obrigou a população de baixa renda nas cidades brasileiras a adotar a auto-construção na periferia como meio para a obtenção da casa própria³⁹. A expansão desordenada da periferia das cidades brasileiras incrementou a demanda por transporte público, serviços de infra-estrutura urbana e de equipamentos de lazer e cultura que o Poder Público não tem sido capaz de atender de modo satisfatório.

A urbanização se intensificou com o processo de migração do campo em direção a cidade, decorrente da correlação entre a economia agrícola e a economia urbana⁴⁰.

³⁸ Ver Origens da Habitação Social no Brasil - Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria, pág. 320 e seguintes.

³⁹ Através da noção de espoliação urbana Lúcio Kowarick situa os diferentes graus de inclusão-exclusão em relação ao acesso a benefícios sociais na cidade. Para ele espoliação urbana "contém a idéia de que o processo espoliativo resulta de uma somatória de extorsões, isto é, retirar ou deixar de fornecer a um grupo, categoria ou classe o que estes consideram direitos seus. Não na acepção de legislação positiva, mas no sentido de uma percepção coletiva segundo a qual existe legitimidade na reivindicação por um benefício e que sua negação constitui injustiça, indignidade, carecimento ou imoralidade: o legítimo pode institucionalizar-se e até transformar-se em norma jurídica. Mas igualmente vital é o lento, oscilante e contraditório processo de desnaturalização da violência que impregna a banalidade do cotidiano nas metrópoles do subdesenvolvimento industrializado." (Escritos Urbanos, São Paulo, Editora 34 Ltda, 2000, pág. 107).

⁴⁰ Numa análise que pode ser incluída no campo da economia política marxista, Paul Singer afirma que "a penetração do capitalismo na economia rural, na maioria dos países latino-americanos não provocou a revolução agrícola que seria de se esperar." (Economia Política da Urbanização, São Paulo, 14.ª ed., Editora Contexto, 1998, pág. 80). Para ele, a indagação correta não é porque migra tanta gente do campo para a cidade mas porque não migra mais. Uma resposta possível para essa segunda indagação, de acordo com Paul Singer, seria a de que o volume da migração entre campo e cidade reduz a oferta de mão-de-obra barata no campo e força a renovação tecnológica da agricultura. O custo irrisório da mão-de-obra agrícola torna possível a oferta de alimentos a preços baixos na cidade e ajuda a manter reduzido o custo de reprodução da força de trabalho urbana. Nesta perspectiva, a intensificação do processo de migração entre campo e cidade provocaria o uso intensivo de tecnologia na agricultura, com a conseqüente elevação da renda do trabalhador rural especializado e, principalmente, do trabalhador urbano, em função do aumento do custo de reprodução da força de trabalho. Como resultado, o aumento da renda dos trabalhadores poderia incrementar o consumo de bens e a atividade econômica.

A migração entre o campo e a cidade é um dos fatores que ainda hoje influencia negativamente o processo de urbanização e constitui obstáculo ao desenvolvimento econômico, quando na verdade deveria alavancar o processo de produção de riqueza. A relação entre a falta de qualificação profissional do migrante e a acumulação insuficiente de capital, tanto na agricultura como na indústria, que reduz a capacidade de geração de empregos, são fatores determinantes do subdesenvolvimento econômico que explicam, pelo menos em parte, o fenômeno da marginalização social e o surgimento de favelas nas grandes cidades brasileiras⁴¹.

A concentração populacional nas cidades aumenta a demanda de habitação. Na maioria dos casos, não existe controle sobre a ocupação de áreas urbanas periféricas que deveriam ser preservadas para evitar a poluição, as enchentes e outros problemas decorrentes do ritmo desordenado do crescimento econômico e do próprio processo de urbanização.

No mesmo sentido Ignácio Rangel entende que a urbanização é fenômeno perfeitamente normal. O que é anormal no caso do Brasil para ele é o ritmo de urbanização que cria oferta de mão-de-obra em descompasso com a demanda decorrente do processo de industrialização. (Questão Agrária, Industrialização e Crise Urbana no Brasil, Porto Alegre, Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000, pág. 224).

⁴¹ Ermínia Maricato aponta como características principais do processo de urbanização brasileiro marcado pela exclusão e pela segregação, a industrialização com baixos salários, mercado residencial restrito, tradição de investimento regressivo das gestões urbanas e legislação ambígua ou aplicação arbitrária da lei. (Ver As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias, in A Cidade do Pensamento Único - Desmanchando Consensos, Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 2000, pág. 121 e seguintes).

A atuação do mercado imobiliário é outro fator que interfere no conflito em torno da produção social de espaço e, por conseguinte, na forma de ocupação e de apossamento do solo urbano. Uma das conseqüências desta atuação, principalmente no Brasil, está nas limitações que o mercado imobiliário encontra para satisfazer a demanda de moradias, notadamente daquelas destinadas a famílias de baixa renda que compõem a maioria da população. Uma análise sucinta do funcionamento do mercado imobiliário permite compreender os efeitos de sua atuação na apropriação do solo urbano e na forma de construção de edifícios destinados a moradia pessoal e familiar.

Para Marx, a reprodução do capital obedece ao seguinte esquema: $D - M - (MP - FT) \rightarrow P - M' - D'$, onde D é o capital-dinheiro e M o capital-mercadoria que, pela utilização dos meios de produção (MP) e da força de trabalho (FT), constituem o processo de produção (P) do qual resulta novo capital-mercadoria (M'), de maior valor agregado que o capital-mercadoria inicial, e a mais-valia, que é a diferença entre o capital-mercadoria inicial e o capital-mercadoria final. Através do processo de circulação o capital-mercadoria final converte-se novamente em capital-dinheiro e a mais-valia é apropriada pelo proprietário

do capital na forma de lucro⁴². De acordo com Óscar Correias, a função básica do capital mercantil é, pela circulação, converter-se em capital-dinheiro⁴³. Assim, quanto mais intensa a circulação do capital-mercadoria maior a probabilidade de obtenção de lucros por parte do proprietário do capital. Mas, conforme adverte o próprio Óscar Correias, o capital-mercadoria pode enfrentar obstáculos no processo de circulação que dificultam a sua conversão em capital-dinheiro e que provocam crises de reprodução do capital. O papel principal do Estado na sociedade capitalista será então o de administrar os custos das crises do processo de circulação do capital-mercadoria e o de assegurar as condições sociais ideais para a reprodução do capital.

Na operação do Sistema Financeiro da Habitação, atuam no mercado de produção de moradias como agentes econômicos principais o proprietário da terra, o incorporador, o construtor e o financiador. A figura do incorporador está definida no artigo 29, da Lei 4591, de 16 de Dezembro de 1964⁴⁴. Na vigência das normas disciplinadoras do Sistema Financeiro da

⁴² Ver Karl Marx, O Capital - Crítica da Economia Política, São Paulo, Abril Cultural, vol. I, Tomo 1, 1983, pág. 93 e seguintes.

⁴³ Ver Crítica da Ideologia Jurídica - Ensaio Sócio-Semiológico, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, pág. 276.

⁴⁴ De acordo com a referida disposição legal "considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas."

Habitação, a atividade do incorporador no mercado imobiliário tornou-se determinante para o incremento da construção de habitação destinadas a pessoas de renda média e alta. No que se refere a produção de moradias para pessoas de baixa renda a atividade de incorporação, de modo geral, acabou sendo desenvolvida por entidades estatais, sem o objetivo de obtenção de lucro imediato. Mesmo limitada à produção de moradias para pessoas de renda média e alta, a atuação do incorporador na produção de moradias é relevante no desenvolvimento do processo de reprodução do capital no mercado imobiliário.

Uma das dificuldades enfrentadas no processo de circulação do capital-mercadoria no mercado imobiliário decorre exatamente da atuação do incorporador como proprietário do solo e como produtor de moradias, que acaba por concentrar a apropriação de renda e de mais-valia e impedir a acumulação de capital suficiente para a industrialização do setor de construção civil e o conseqüente incremento da produção de moradias.

Além da forma de atuação do incorporador, Luiz Fernando de Queiroz Ribeiro afirma que, no setor imobiliário, o processo de reprodução do capital enfrenta pelo menos dois outros problemas. O

problema fundiário e o problema de solvabilidade⁴⁵. A atuação dos agentes econômicos no mercado e a própria atividade estatal de resolução de crises no interesse da circulação do capital criam tendências de superação dos obstáculos enfrentados pelo processo de reprodução do capital. Isso não acontece, todavia, em relação ao problema fundiário no âmbito do mercado imobiliário porque, conforme assinala Luiz Fernando de Queiroz Ribeiro, cada nova construção exige novo terreno que aumenta a necessidade de capital para a formação de estoques de terrenos e diminui a taxa de lucro⁴⁶. Também agrava o problema fundiário, enfrentado pelo processo de reprodução do capital no mercado de construção de moradias, a obrigatoriedade de o terreno destinado a construção estar situado próximo de equipamentos de infra-estrutura urbana que propiciem aumento do valor do imóvel a ser construído⁴⁷.

⁴⁵ Segundo Luiz Fernando de Queiroz Ribeiro, "a produção de moradias necessita de um espaço para realizar-se, cujo uso, entretanto, é monopolizado pela instituição da propriedade privada" e que a construção de imóveis "será necessariamente descontínua no tempo e no espaço, tornando-se extremamente difícil a aplicação permanente de capitais na construção e, conseqüentemente, a adoção de métodos industriais" (Dos Cortiços aos Condomínios Fechados - As Formas de Produção de Moradia na Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1997, pág. 86 e 89).

⁴⁶ Ver Dos Cortiços aos Condomínios Fechados - As Formas de Produção de Moradia na Cidade do Rio de Janeiro, pág. 89 e seguintes.

⁴⁷ O Valor da terra também pode ser considerado obstáculo ao processo de reprodução do capital no mercado imobiliário. Sobre a valorização da terra no processo global de acumulação de capital Fredric Jameson escreve que "o valor da terra está intimamente relacionado com o sistema de crédito, o mercado de ações e capital financeiro de um modo geral: "Em tais condições a terra é tratada como um bem financeiro que é comprado e vendido de acordo com o aluguel que ela rende. Como todas as formas de capital fictício, o que se vende é a esperança de retornos futuros, ou seja, de lucros futuros do uso da terra ou, mais diretamente, de trabalho futuro." E complementa dizendo que "o tempo e uma nova relação com o futuro enquanto um espaço de espera necessária por retornos e acumulação de capital" que fazem a conexão entre o mercado imobiliário e o mercado financeiro, entre a especulação financeira, a estética, a produção cultural e a arquitetura. (O Tijolo e o Balão: Arquitetura, Idealismo e Especulação imobiliária, in A Cultura do Dinheiro - Ensaio sobre a Globalização, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 2001, pág. 200).

O problema da solvabilidade está relacionado aos preços elevados das unidades habitacionais incompatíveis com o padrão de renda da população brasileira. O longo período de tempo exigido para compatibilizar o pagamento do preço do imóvel com o nível de renda do adquirente da unidade habitacional aumenta o prazo de transformação do capital-mercadoria em capital-dinheiro, ou seja, a realização efetiva da mais-valia. Para Luiz Fernando de Queiroz Ribeiro o alto preço das unidades habitacionais tem origem nas dificuldades do capital de industrializar a construção de moradias e na necessidade do próprio processo de reprodução do capital de reduzir os custos de reprodução da força de trabalho limitando os salários ao valor necessário para o atendimento das necessidades mínimas de sobrevivência do trabalhador⁴⁸.

A moradia, entretanto, não pode ser considerada simples bem de consumo cuja oferta se orienta pela necessidade individual de um sujeito consumidor abstrato. O problema da moradia ultrapassa a esfera de interesses privados e, no campo jurídico, se inscreve entre os chamados direitos sociais⁴⁹. A

⁴⁸ Ver Dos Cortiços aos Condomínios Fechados - As Formas de Produção de Moradia na Cidade do Rio de Janeiro, pág. 90.

⁴⁹ A Emenda Constitucional n.º 26, promulgada em 14 de Fevereiro de 2000, incluiu a moradia entre os direitos sociais tutelados pelo artigo 6.º, da Constituição Brasileira de 1988. Com a emenda, o direito social à moradia adquiriu a essência da fundamentalidade, característica dos direitos fundamentais, que, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a partir da doutrina de R. Alexy, confere proteção aos direitos em sentido formal e material. A fundamentalidade material decorre do conteúdo dos direitos direcionado para a proteção de valores essenciais do Estado e da sociedade. (Ver A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 1998, pág.

efetividade do direito social à moradia dever ser perseguida pela sociedade e pelo Estado e não apenas pela atividade empresarial que se restrinja a operacionalizar a troca de bens no mercado⁵⁰.

A garantia de efetividade do direito social à moradia depende de concepção da posse e do direito de propriedade orientada pelo princípio da função social, que não pode negligenciar os conflitos inerentes à apropriação do espaço urbano e o alcance dos interesses relacionados à posse e ao controle da apropriação da terra⁵¹.

Está reservado ao cidadão o papel de interagir no conflito em torno da posse e da propriedade da terra urbana e na alteração das relações

80 e seguintes). O próprio Robert Alexy escreve que *"la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos."* (Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 494).

⁵⁰ José Eduardo Faria ressalta que, com a consolidação da globalização econômica, os direitos sociais permanecem como paradigma no direito contemporâneo enquanto horizonte de sentido que marca o limite da atuação da economia mundializada e da acumulação de capital convivendo com um outro paradigma, o do direito reflexivo, que regula a complexidade e a estrutura organizacional dos sistemas econômicos. (O Direito na Economia Globalizada, 1.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2000, pág. 281 e seguintes).

⁵¹ Mark Gottdiener assinala que qualquer programa social que não leve em conta o espaço não pode promover a democratização. Defende também a existência de uma articulação entre sociedade e espaço e que, nesta articulação, as relações sociais são primordialmente relações sócio-espaciais. Para ele, portanto, o espaço é produto social que se constitui pela ação do Estado e dos indivíduos. De acordo com o que se afirmou na monografia "Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano", não é possível ignorar que a vida em sociedade e mais precisamente na cidade se constitui pela ocupação de um determinado espaço territorial. Consequentemente, as relações sociais se articulam em torno do modo de apropriação e de manutenção sócio-econômica do espaço necessário a vida em sociedade. Disso resulta que as transformações na organização do espaço acabam por alterar as relações sociais e, de forma mais direta, as condições de vida dos membros da comunidade. Mark Gottdiener aponta a segregação e a fragmentação dos grupos sociais pelo espaço abstrato como alterações no modo de vida comunitário decorrentes de transformações espaciais. Para o autor os espaços abstratos são novas áreas de comunhão enclausuradas e engendradas pela lógica do consumo (shopping centers, parques de diversão, etc). (Ver A Produção Social do Espaço Urbano, pág. 248 e Francisco Cardozo Oliveira,

sócio-espaciais. A importância da atuação do cidadão, neste caso, decorre da necessidade de compreensão de que os interesses da cidadania na produção do espaço urbano nem sempre coincidem com os objetivos de um planejamento urbano que equipara bem-estar a desenvolvimento^{52 53}.

Seção 14

O Código Civil de 1916 e a Constituição de 1988

O Código Civil Brasileiro de 1916 orientou-se pelos pressupostos do individualismo inspiradores do Estado liberal, no que refletiu os princípios da ordem constitucional brasileira do início do século XX. A disciplina jurídica dos institutos jurídicos no Código, notadamente no âmbito dos direitos reais, coloca em primeiro plano a tutela dos interesses individuais, a natureza abstrata da concepção de sujeito titular de direitos e o aspecto patrimonial da relação jurídica. Dentro deste quadro principiológico,

Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano, pág. 34 e seguintes, não publicado).

⁵² Sobre a possível contraposição entre desenvolvimento e interesses da cidadania Mark Gottdiener afirma que "Não só o crescimento traz consigo custos e benefícios, mas também a expropriação privada de riqueza distribui de modo desigual os lucros do desenvolvimento, embora deixando os ônus dos custos para o poder público." (A Produção Social do Espaço Urbano, pág. 270).

⁵³ Otília B. Fiori Arantes refere-se a transformação do valor de uso civilizatório que a cidade contempla em mercadorização integral pela ideologia do desenvolvimento centrada no chamado planejamento estratégico e na abordagem culturalista da cidade. (Ver Uma Estratégia Fatal - A

o Código ignorou a natureza social do fato da posse, outorgou à propriedade o caráter de direito absoluto, tutelado em benefício de um sujeito proprietário abstrato, deu pouca importância ao conteúdo finalístico do exercício dos poderes proprietários.

No que se refere à posse, o disposto no artigo 485, do Código Civil, considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou a propriedade. Em matéria de posse, portanto, o Código acolheu pelo menos em parte a teoria objetiva de Ihering⁵⁴. Pontes de Miranda afirma que a definição de posse acolhida pelo Código Civil é a melhor que constou em texto legislativo⁵⁵. Na concepção pontemirandiana a posse é fato decorrente de relações sociais. O poder da posse não é o mesmo que o do titular do domínio. Exerce-se o poder inerente à posse como o exerceria o proprietário. Assim, quando o artigo 485, do Código Civil, alude aos poderes inerentes ao domínio ou a propriedade pretende que o possuidor

Cultura nas Novas Gestões Urbanas, in A Cidade do Pensamento Único - Desmanchando Consensos, pág. 11 e seguintes).

⁵⁴ Adroaldo Furtado Fabrício não acredita que o Código Civil Brasileiro de 1916 tenha acolhido integralmente a teoria objetiva de Ihering porque se o fizesse não comportaria a regra do artigo 486, nem admitiria a tutela da posse ao não-proprietário contra o proprietário. (Comentários ao Código de Processo Civil, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, vol. VIII, tomo III, 1992, pág. 268).

⁵⁵ Para Pontes de Miranda "O legislador brasileiro definiu a posse vendo-a do mundo jurídico mas sabendo que ela está no mundo fático, que é apenas elemento fático que pode vir a entrar no mundo jurídico em virtude de algum ato jurídico ou negócio jurídico que a tome como um dos elementos ou em virtude de ato-fato ou, ainda, de fato jurídico puro." E acrescenta "a posse é um bem em si mesmo" "quieta non movere". (Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Tomo X, págs. 08 e 282).

exerça a posse como o titular do domínio ou da propriedade exerceria. Não está a estabelecer relação de dependência entre o direito de posse e o direito de propriedade. A relação feita pelo dispositivo legal é analógica⁵⁶.

Caio Mário da Silva Pereira define a posse como direito porque a ordem jurídica confere ao possuidor ações específicas para a defesa da posse⁵⁷. No mesmo sentido, Tito Fulgêncio afirma que a posse é um direito⁵⁸.

Para além da controvérsia doutrinária em torno da natureza da posse, de se tratar de fato ou de direito, importa considerar entre as duas hipóteses aquela que foi acolhida pelo Código Civil.

Pontes de Miranda enxerga nas disposições dos artigos 485 e 522, do Código Civil, definição do mundo fático⁵⁹. O reconhecimento da posse

⁵⁶ O artigo 1197 do Projeto do Código Civil (PL 634/75), que tramita no Congresso Nacional, continua a fazer relação da posse com a propriedade ao dispor que "*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*"

⁵⁷ Caio Mário da Silva Pereira entende que "*Não deve perturbar a questão a circunstância de em toda posse assomar uma questão de fato, pois que numerosas relações jurídicas aparentam igualmente uma situação desta ordem, sem que se desfigurem perdendo a condição de direito. A propriedade mesma, como todo direito real, vai dar numa posição, de assenhoreamento, que se manifesta por inequívoco estado de fato. E nem por isto deixa de ser um direito, paradigma alias de toda a categoria de direitos. Direito creditório, e direito inequivocamente o crédito representado por um título-valor implica numa condição fática, em que a relação jurídica se não dissocia da materialização instrumental, de cuja exibição depende a efetivação do poder creditório do titular. O que cumpre, então, é focar o fenómeno à luz do conceito, e ver que se lhe enquadra, sem confundir-se com o fato que o gerou. As escolas, tanto subjetiva quanto objetiva, destacam na posse um poder de vontade, em virtude do qual o possuidor age em relação à coisa, dela sacando proveito ou benefício. É, pois, um estado em que o titular procede em termos de lograr a satisfação de seus interesses. É uma situação em que a ordem jurídica impõe requisitos de exercício, cujo cumprimento assegura a faculdade de invocar a tutela legal.*" (Instituições de Direito Civil, 8.ª ed., Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, vol. IV, pág. 21).

⁵⁸ Ver Da Posse e das Ações Possessórias, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, vol. I, 1978, pág. 53.

⁵⁹ Ver Tratado de Direito Privado, Tomo X, pág. 11 e seguintes.

como fato está em sintonia com uma concepção social de posse passível de adaptar-se ao caráter multifário da realidade fática e à situação particular do possuidor. Na sistemática do Código Civil de 1916, todavia, negligenciou-se a natureza da posse como fato em benefício da concepção da posse como direito.

A simples adoção da teoria de Ihering, mesmo que de forma parcial, já é de per si ilustrativa do distanciamento do Código Civil da idéia de posse como fato. Em Ihering a posse aparece mais dependente da propriedade do que em Savigny e, conseqüentemente, mais afastada dos valores da realidade fática⁶⁰.

A evidência da tutela da posse pelo Código Civil como direito está na circunstância de o Código conferir à posse a qualidade de instituto análogo ao de direito de propriedade⁶¹. O Código não opõe de forma rigorosa posse e propriedade. A autonomia da posse em relação a propriedade no Código Civil se mostra tênue e, nos casos de dúvida, cede em favor da

⁶⁰ Na relação entre as teorias da posse de Savigny e Ihering Antonio Hernandez Gil diz que "quien hoy se plantee el problema de inquirir la función social de la posesión, como institución correctora de la propiedad, encuentra un punto de partida más útil en el formalista Savigny que en el realista Ihering. Aquél, colocando la posesión al servicio de la persona y en misión de paz, se aproxima más al mundo de las realidades sociales que Ihering, el cual, colocando sobre la persona la envoltura del propietario, piensa no tanto en una mejor ordenada convivencia cuanto en la más cómoda y segura defensa del dominio. En Ihering, desde el punto de vista de la preocupación social, sólo se encuentra su apuntada disconformidad con el sistema romano de la propiedad. Esto permite suponer que no compartía el designio individualista. Pero cuál fuera su pensamiento social respecto de la posesión queda en el enigma." (La Función Social de La Posesión, Madrid, Alianza Editorial S/A, pág. 32/33).

⁶¹ Rosalinda P. C. Rodrigues Pereira afirma que no artigo 485, do Código Civil, a noção de possuidor está atrelada a de proprietário. (Ver A Teoria da Função Social da Propriedade Rural e

submissão da posse à propriedade (art. 505, por exemplo).

A proximidade entre posse e propriedade é reveladora do caráter individualista assimilado pelo Código Civil. Esta forma de tratamento contribuiu para dificultar a tutela da posse nos casos em que a situação concreta não contém elementos do direito de propriedade ou até é contrária ao princípio proprietário como, por exemplo, no exercício possessório nas áreas de favelas e nas ocupações de terrenos urbanos e rurais, onde o aspecto mais relevante é o simples uso da terra para plantio ou para construção de moradia.

Em relação à propriedade, o artigo 524, do Código Civil, conferiu disciplina que Caio Mário da Silva Pereira qualifica de analítica, ou seja, que se limita a enumerar os poderes proprietários⁶². A propriedade para o Código assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e de reavê-la de quem injustamente a possui. Fiel ao princípio individualista⁶³, o Código conferiu caráter absoluto ao direito de propriedade e deu primazia aos interesses do proprietário. Deixou-se de tutelar o interesse social e

seus Reflexos na Acepção Clássica de Propriedade, in *A Questão Agrária e a Justiça*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 122).

⁶² Ver *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, pag. 71.

⁶³ Refletem-se nas disposições do Código Civil os princípios da ordem constitucional que, de acordo com Luiz Edson Fachin, desde 1824 consagravam a propriedade como direito individual e inviolável

os interesses não-proprietários coenvolvidos no exercício dos poderes proprietários⁶⁴.

As restrições ao direito de propriedade que o Código Civil disciplina se restringem basicamente às relações de vizinhança, às servidões de passagem e ao direito de construção, sendo que neste último caso as normas dos artigos 572 e seguintes do Código estão orientadas, na maioria, para o respeito aos interesses proprietários de vizinhos. Além das limitações decorrentes do direito de vizinhança, não há no Código disposição destinada a regular as implicações sociais mais amplas do exercício dos poderes proprietários.

O Código Civil não cogitou da função social da propriedade. Somente através da Constituição de 1946 é que veio a ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro disposição a respeito da relação entre o exercício dos poderes proprietários e o interesse social^{65 66}.

(Da Propriedade como Conceito Jurídico, in Revista dos Tribunais n.º 621, Julho de 1987, pág. 16 e seguintes).

⁶⁴ O Código Civil Brasileiro, diz Gustavo Tepedino, "como se sabe, não define o direito de propriedade e se limita a indicar, no caput do art. 524, os poderes do proprietário: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua." Tais poderes, expressão do elemento interno e econômico do domínio (faculdade de usar, gozar e dispor) e do elemento externo ou jurídico (as ações de tutela do domínio), compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto." (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Liv. Editora Renovar Ltda., 1999, pág. 269).

⁶⁵ Gustavo Tepedino lembra que o artigo 147 da Constituição Brasileira de 1946 previa que "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com a observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos." (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, pág. 269).

⁶⁶ O condicionamento finalístico do exercício do direito de propriedade na Constituição Brasileira de 1946 está inserido no contexto da questão social enfrentada pela Europa, depois da Primeira Guerra Mundial, e que se refletiu por exemplo na Constituição Alemã de Weimar. Decorre também do

A ausência de tutela de princípios finalísticos inerentes ao exercício do direito de propriedade no Código Civil se deve também à concepção abstrata e a-histórica do conceito de propriedade no final do século XIX e começo do século XX⁶⁷ ⁶⁸. O artigo 524, do Código Civil, praticamente reproduziu o conteúdo do artigo 544, do Código Napoleônico. Era natural, portanto, que a disciplina da propriedade no Código refletisse *"la garanzia della libertà individuale di godere e disporre dei beni è così la garanzia della libertà di iniziativa economica e della concorrenza, cioè ancora una volta del mercato"*, a que se refere Pietro Barcellona⁶⁹.

apogeu da modernidade capitalista confrontada com os antagonismos sociais que provoca, cuja solução proposta obedece a um princípio de standardização da vida social que, em termos arquitetônicos, Otília B. Fiori Arantes descreve como a *"construção de bairros operários dotados de condições mínimas de higiene e bem-estar (de fato uma conquista) (que) cumpria ao mesmo tempo a exigência de reprodução da força de trabalho tanto quanto de segregação social da cidade, minimizando os antagonismos - exigências impostas pela própria modernização capitalista. A nova ordem social acabou se espelhando em traçados urbanos rígidos, setorização das atividades, padronização das soluções construtivas, abandono de qualquer ornamento (bem compreendido...), conjuntos habitacionais militarmente dispostos e assim por diante."* (Do Universalismo Moderno ao Regionalismo Pós-crítico, in *Urbanismo em Fim de Linha e Outros Estudos Sobre o Colapso da Modernização Arquitetônica*, São Paulo, Edusp, 1998, pag. 108). A disposição constitucional, portanto, não rompia com o paradigma do direito de propriedade. Obedecia apenas a uma nova configuração da propriedade exigida pela produção industrial capitalista. É exatamente na década de 40, do século XX, que, de forma sistemática, se inicia no Brasil a política estatal de construção de edifícios voltada para atender as necessidades de moradia dos trabalhadores, que reconhece a existência de interesse público e social na solução do problema da habitação. A tutela do conteúdo finalístico da propriedade na Constituição Brasileira de 1946 está, portanto, compreendida no esforço do Estado de encontrar solução para os problemas sociais agravados pela produção industrial capitalista.

⁶⁷ Ricardo Aronne cita Orlando Gomes para quem segundo ele *"o positivismo científico que floresceu no século XIX, concebia o direito como um sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racional e historicamente, sem considerar nenhum conteúdo ético, político ou econômico (como é peculiar nos sistemas fechados e ditos puros), operando com realidades lógicas (e não fáticas), cabendo à doutrina a tarefa de burilar conceitos."* Na sequência enfatiza que *"o conceito clássico de propriedade, mesmo em seu aspecto formal, é inoperante, inefetivo, pois seu abstratismo não responde às regras do Código (de raiz pandectista), sem que dele se desprenda como autônomo o conceito de domínio."* (Propriedade e Domínio - Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 1999, pag. 63/64).

⁶⁸ Ver supra Capítulo II, Seção 5.

⁶⁹ *Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno*, pag. 228/229.

A tutela do direito de propriedade, no âmbito do Código Civil, operou a separação radical entre a esfera econômica, reservada à ação do sujeito de direito proprietário, e a esfera pública, onde deviam preponderar os interesses sociais. Na sistemática do Código Civil, portanto, o Estado não atua na esfera econômica. Ao Estado está reservado uma espécie de poder de polícia que deve ser exercido para assegurar a manutenção e o fortalecimento da liberdade individual do sujeito de direito proprietário. Os desajustes econômicos e sociais causados pelo exercício dos poderes proprietários não encontram tutela no arcabouço jurídico do Código Civil. Ao assimilar os paradigmas do conceitualismo e as premissas da filosofia liberal, o Código tratou apenas do aspecto formal do direito de propriedade e, convenientemente, negligenciou a necessidade de assegurar efetividade material ao direito, à luz dos valores da realidade fática⁷⁰.

O relativo abandono do paradigma individualista do Código Civil na disciplina da posse e da propriedade somente ocorreu de forma abrangente com a condição imposta pelo artigo 147, da Constituição

⁷⁰ O Projeto do Código Civil (PL 634/75), que tramita no Congresso Nacional, contempla no artigo 1229 finalidades econômicas e sociais para o exercício do direito de propriedade, embora não haja menção específica no texto a respeito da extensão e dos efeitos dos fins econômicos e sociais tutelados, o que seria desejável em se tratando de lei ordinária. Os artigos 7.º e 8.º do Estatuto da Cidade (PL 181/89), que também tramita no Congresso Nacional, diferentemente do

Brasileira de 1946⁷¹, de o exercício do direito de propriedade observar o princípio de bem-estar social. Desde então normas que tratam do conteúdo finalístico da propriedade têm integrado as constituições brasileiras.

A Constituição Brasileira de 1988 contém normas específicas a respeito da função social da propriedade (inciso XXIII, do artigo 5.º, inciso III, do artigo 170, § 2.º, do artigo 182, entre outros).

No plano da legislação ordinária, várias leis trataram do conteúdo finalístico do exercício do direito de propriedade. No plano federal, a Lei 4504/64, que trata do Estatuto da Terra, objetivou ampliar o acesso a propriedade rural. O Decreto-Lei 271/67 instituiu a concessão de uso de terrenos públicos e particulares e reforçou o caráter social da posse⁷². A Lei 4132/62 definiu casos de

disposto no Projeto do Código Civil, detalham elementos da função social da propriedade imobiliária urbana.

⁷¹ A preocupação do Estado com os problemas sociais, em particular com o da moradia, que está mais diretamente ligado a propriedade urbana se inicia no Brasil por volta de 1930. O Decreto-Lei n. 58, de 1937, anterior, portanto, à Constituição de 1946, contém nítida preocupação social ao tratar do contrato de compra e venda de lotes com pagamento do preço a prestação. O objetivo do Estado, ao reconhecer a existência de interesse público envolvido na questão da moradia, era manter a ordem econômica e política, e não resolver o problema social. A esse respeito Nabil Bonduki afirma que antes de 1930 a questão central era a salubridade da moradia. Depois de 1930 a questão principal passou a ser a de viabilizar o acesso a casa própria vista como meio para permitir a manutenção da ordem econômica, política e social, além de aglutinar o trabalhador em torno da família nuclear, monogâmica e individual que exigia casas unifamiliares no lugar dos cortiços de aluguel. (Origens da Habitação Social no Brasil - Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria, pág. 86/88).

⁷² Vera Maria Weigand ressalta que se tornou difícil integrar o direito real de uso instituído pelo DL 271/67 no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Lei de Licitações (8666/93), e alterações posteriores, e da Lei n.º 9427/96, que não dispensariam a licitação para a concessão do direito real de uso por parte do Poder Público. (Ver Concessão de Direito Real de Uso e as Novas Disposições do Registro Imobiliário, in Direito à Cidade - Trilhas Legais para o Direito às

desapropriação por interesse social. A Lei 6766/79 regulamentou o parcelamento do solo urbano, já disciplinado pelo Decreto-Lei n. 58/37, com o objetivo de reconhecer direitos dos adquirentes de lotes urbanos, diante da proliferação de práticas abusivas no comércio de terras nas cidades brasileiras⁷³. A Lei 4380/64, que instituiu o Sistema Financeiro da Habitação, com o objetivo de estimular a construção de habitações de interesse social para as classes de menor renda, está orientada para o reconhecimento do conteúdo social da propriedade, enquanto instituto jurídico apto a assegurar a aquisição da casa própria.

Apesar do reconhecimento do conteúdo finalístico da propriedade pelo ordenamento jurídico brasileiro desde 1946, pelo menos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência continuaram a buscar os contornos do direito de propriedade nas disposições do Código Civil de 1916, sem valorar os elementos de interesse público e social integrantes do instituto.

A respeito do princípio da função social da propriedade, preponderou na doutrina o entendimento de que ela não integra o conteúdo do direito de propriedade, mas apenas confere ao direito

Cidades Sustentáveis, org. Nelson Saule Júnior, São Paulo, Editora Max Lomonad, 1999, pág. 173 e seguintes).

⁷³ Céline Sachs questiona a eficácia da legislação fundiária que a exemplo do DL 58/1937 não foi capaz de modificar a atitude permissiva do estado em relação aos loteamentos clandestinos. (São Paulo - Políticas Públicas e Habitação Popular, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1999, pág. 72 e seguintes).

uma qualificação especial consistente na função que deve ser cumprida pelo proprietário⁷⁴. Existiria desse modo o direito de propriedade a que se acrescenta a função social a ser cumprida pelo proprietário. A função social, nesta concepção, não altera a essência do direito de propriedade porque se trata de atividade externa ao direito a que estaria sujeito o proprietário.

A Constituição de 1988, todavia, consolidou novo paradigma para o direito de propriedade que não pode ser ignorado. A função social da propriedade está orientada pelos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa tutelados nos artigos 1.º e seguintes da Constituição, que estão entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito⁷⁵. O fundamento da propriedade, portanto, não se restringe a possibilitar a apropriação individual de

⁷⁴ Nesse sentido ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*, in RDP 84, pág. 39 e seguintes, Maria Mariani de Macedo Rabahie, *Função Social da Propriedade*, in *Temas de Direito Urbanístico-2*, pág. 213 e seguintes e Orlando Gomes, *A Função Social da Propriedade*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1989. Em sentido contrário, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 243 e seguintes, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pág. 272 e seguintes e Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, *Direitos Humanos e Função Social da Propriedade: O Papel do Judiciário*, in *A Questão Agrária e a Justiça*, São Paulo Ed. Rev. dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 292-302.

⁷⁵ Menelick de Carvalho Netto utiliza o conceito de paradigma de Thomas Kuhn (*As Estruturas das Revoluções Científicas*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1994), que explica o desenvolvimento científico como processo social e histórico de rupturas, para afirmar que o paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe direito participativo, pluralista e aberto. O paradigma do Estado Democrático de Direito para ele exige atuação do intérprete que satisfaça ao mesmo tempo a crença na legalidade e no sentimento de justiça concretizada. (*Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*, in *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Conselho Editorial e de Pesquisa do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG, vol 3, pág 473 e seguintes).

bens. No texto constitucional, o instituto da propriedade recupera a sua dimensão humana porque se encontra submetido ao objetivo de promover o bem-estar social e não apenas o conforto pessoal do proprietário⁷⁶. A consideração do ato de apropriação de bens por um sujeito de direito abstrato, portador de uma individualidade universal e idealizada, cede lugar a uma nova perspectiva que valoriza a pessoa humana como elemento constituinte da juridicidade. O primado da pessoa humana, entretanto, não é o equivalente da tutela dos valores do individualismo liberal. A pessoa humana a que se refere o texto constitucional não é um referente ideal. Trata-se de valor que considera o homem inserido na realidade histórica e na dinâmica das relações sociais. Enquanto o individualismo assume valores referidos a um indivíduo isolado, fora do contexto social e histórico, o princípio de valorização da pessoa humana traduz complexo de valores que transcende a individualidade, sem negá-la, na busca da essência do que caracteriza o homem na concretude do mundo-da-vida⁷⁷. A igualdade formal postulada pelo individualismo é substituída pelo primado da igualdade

⁷⁶ Conforme enfatiza Gustavo Tepedino na Constituição Brasileira de 1988 "a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, garantias individuais, e não apenas princípios de ordem econômica." (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in Temas de Direito Civil, pág. 14).

⁷⁷ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

substancial medida pelos valores da realidade fática, no acontecer das relações sociais⁷⁸.

A norma constitucional que eleva a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da ordem jurídica faz repercutir em todos os institutos jurídicos, inclusive, os de direito privado, o fenômeno da repersonalização⁷⁹ ou da despatrimonialização^{80 81}. Os juristas mais atentos às mudanças recentes introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro reconhecem que, com a vigência da Constituição de 1988, consolidou-se a constitucionalização do direito civil que, desse modo, não pode mais ser compreendido e interpretado de forma isolada, a partir dos princípios contemplados no Código

⁷⁸ A esse respeito Eliseu Figueira acentua que "com as transformações econômicas e sociais verificadas logo após a Primeira Grande Guerra (com importantes incidências imperativas na locação e no trabalho) e sobretudo no segundo pós-guerra e, entre nós, com a restauração democrática, os fins sociais constitucionalmente previstos (organização, segurança, assistência e remuneração no trabalho, promoção do bem-estar social e econômico, correção das desigualdades, repressão dos abusos do poder econômico, política e reforma agrária) têm vindo a concretizar-se no sistema jurídico, por forma a retirar ao modelo normativo as suas características clássicas para lhe conferir um rosto social, onde o princípio da autonomia privada cede o lugar a novos princípios de socialidade." (Renovação do Sistema de Direito Privado, Lisboa, Editorial Caminho, AS, 1989, pág. 154).

⁷⁹ Acerca dos efeitos da repersonalização no direito civil Luiz Edson Fachin afirma que "Cogita-se agora, pois, de aprofundar uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos. Não se trata de uma crise de formulação, eis que o desafio de uma nova teoria geral do direito civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento da dogmática. Deve-se tratar, isso sim, das possibilidades da repersonalização de institutos essenciais, como a propriedade e o contrato, bem assim o núcleo do direito das obrigações, para recolher o que de relevante e transformador há nessa ruína." (Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil, in Revista de Estudos Jurídicos, Curitiba, vol. 02, n.º 1, 1995 pág. 99).

⁸⁰ Carmem Lúcia Silveira Ramos se refere ao fenômeno da despatrimonialização dos bens jurídicos provocada pela valorização do conhecimento e da educação. Para ela, a despatrimonialização favorece a funcionalização do sistema econômico e a valorização qualitativa direcionada para a produção que assegura a dignidade da pessoa humana e que, de acordo com Pietro Perlingieri, proporciona maior justiça na distribuição da riqueza. (A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras, in Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo, org. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Liv. Editora Renovar Ltda, 2000, pág 16 e seguintes).

⁸¹ Sobre a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 ver Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda, 1998, pág. 95 e seguintes.

Civil de 1916, apesar da insistência de parte da doutrina e da jurisprudência em fazê-lo⁸².

O direito moderno adotou a premissa de que toda e qualquer norma integrante do ordenamento jurídico estaria em última *ratio* reportada aos valores inscritos nos princípios e normas constitucionais. O que parece ter acontecido é que em determinado ponto passou-se a interpretar a legislação ordinária, notadamente a que disciplinava os institutos de direito civil, de forma apartada das normas constitucionais. Esta postura metodológica e interpretativa se revelou mais aguda no Brasil onde a aplicação dos institutos do direito civil, em geral, ignorou o direito constitucional. A constitucionalização do direito civil, portanto, não assume apenas o significado de fazer da constituição o repositório último dos institutos do direito privado e seus valores mas de, principalmente, restabelecer a relação interpretativa

⁸² Depois de discorrer sobre o processo histórico que no século XX, em função das demandas sociais, determinou a introdução nos textos constitucionais de princípios e normas dirigidos ao desenvolvimento da atividade econômica, Gustavo Tepedino afirma que "a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, já reproduzindo outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora. Tais diplomas não se circunscrevem a tratar do direito substantivo mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos. Fixam, assim, verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil. Não se tem aqui, do ponto de vista técnico, uma relação de gênero e espécie, ou de direito comum e especial, senão a subtração verdadeira e própria de institutos - ou porque não alvitrados pelo Código Civil ou porque revogados por leis especiais, o que sucedeu em relação a um número cada vez maior de matérias." (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in Temas de Direito Civil, Livraria e Editora Renovar Ltda, Rio de Janeiro, 1999, pag. 08)

necessária entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. A não ser desse modo, corre-se o risco de simplesmente sujeitar o texto constitucional a alterações constantes, mais apropriadas à legislação ordinária, com graves riscos para o fortalecimento da cidadania e da democracia, principalmente no estágio atual de globalização econômica⁸³.

⁸³ José Eduardo Faria escreve que o Estado, na atualidade, ao mesmo tempo que omite a regulamentação de direitos consagrados na ordem jurídica, produz vasta legislação sem sincronia lógico-formal, material e temporal que contribui para desfigurar o sistema jurídico. (Ver O Direito na Economia Globalizada, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2000, pág. 111 e seguintes).

TERCEIRA PARTE

TUTELA DE DIREITOS

CAPÍTULO VI

Ação e Jurisdição

Seção 15

O Conceito de Ação

A construção de tutelas concretas para a posse e o direito de propriedade exige investigação a respeito da relação entre direito e processo na atualidade. No âmbito do processo é importante investigar o papel dos conceitos de ação e de jurisdição no desenvolvimento técnico da tutela de direitos. Não deve causar estranheza a correlação analítica entre direito material e direito processual quando a ênfase está colocada no processo de concretização e na garantia de efetividade dos direitos.

O tratamento da questão mais ampla da autonomia do processo e seus efeitos deve ser precedida da análise da formação e da função dos conceitos de ação e de jurisdição no sistema jurídico. A relação entre ação e jurisdição permite situar historicamente os pressupostos da autonomia do direito processual em relação ao direito material e as premissas recentes em torno da reaproximação, ainda que

gradual, entre processo e direito material, através da idéia de tutela de direitos, que tenta recuperar a natureza instrumental do processo em novos patamares teóricos.

Parte dos juristas brasileiros defende a idéia de que a discussão a respeito dos conceitos de ação e de jurisdição está superada desde que cientificamente determinada a autonomia do direito processual¹. Para esta corrente de processualistas, importaria agora enfrentar o problema dos fins do processo de modo a alcançar resultados práticos na aplicação do direito. Indubitavelmente, depois dos desvios produzidos pelos exageros idealistas na elaboração de conceitos abstratos para o processo, impõe-se a construção de nova orientação científica que tenha por relevante recuperar a natureza teleológica do processo para situá-lo como técnica e prática prudencial que seja capaz de assegurar a efetividade material dos direitos. A reorientação conceitual, todavia, não pode ocorrer sem a análise crítica da

¹ Para Cândido Rangel Dinamarco "o processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do jus excepcionis e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica. (A Instrumentalidade do Processo, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996, pág. 21/22).

função dos conceitos de ação e de jurisdição na configuração do direito processual moderno. Menosprezar esta análise crítica pode dificultar o trabalho de reorientação finalística do processo. É necessário identificar os acertos e os equívocos que permitiram a consolidação na ciência do processo de um formalismo radical, despreocupado da tutela efetiva dos direitos, e que acabou por restringir a garantia de satisfação material dos direitos, com sensíveis prejuízos para o aprofundamento da democracia.

Deixar de questionar os conceitos de ação e de jurisdição significa também negar a relação indissociável entre o conceito e os valores da realidade social e histórica. No direito como nas ciências culturais em geral nenhum conceito é definitivo, dada a precariedade do texto, da escrita ou da interpretação, conforme lembra Ernildo Stein². O conceito jurídico está em permanente construção e desconstrução. O que é permanente na teoria jurídica é a dialética da construção e da desconstrução de conceitos imposta pela dinâmica da realidade social e histórica, nunca o conceito propriamente dito. A formulação dos conceitos de ação e de jurisdição, por exemplo, esteve atrelada a premissas filosóficas e metodológicas específicas, historicamente situadas. O

² Ver Aproximações sobre Hermenêutica, pag. 89, e supra Capítulo II, Seção 6.

desenvolvimento do conceito de ação, desde a concepção privatista até a teoria abstrata da ação, permite verificar que o esforço teórico empreendido evoluiu valendo-se de postulados jusfilosóficos específicos ligados a determinado momento histórico como, aliás, não poderia deixar de acontecer numa ciência cultural como é o direito.

A natureza valorativa dos elementos constituintes dos conceitos jurídicos justifica a necessidade de pensar a reorientação teleológica do processo a partir da análise crítica das premissas metodológicas dos conceitos de ação e de jurisdição, que é onde, afinal de contas, se originaram os equívocos que fizeram o processo desviar-se da tarefa de assegurar efetividade material aos direitos.

O ponto de partida da investigação relativa ao conceito de ação pode ser fixado no papel desempenhado pela *actio* romana como forma de tutela de direitos. No direito romano, a *actio* estava ligada ao direito obrigacional e, portanto, ao direito privado. A extensão dos direitos dependia da forma processual da *actio*, cuja característica principal era a ausência de força executiva³.

³ De acordo com Ovídio A. Baptista da Silva, "o procedimento privado da *actio*, mesmo no direito romano clássico que o generalizou para abranger, também, a tutela jurisdicional dos direitos absolutos, sempre conservou uma inafastável conotação com a idéia de *obligatio*. Ora, essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inerente à primitiva *obligatio* romana que não permitia a execução jurisdicional *in natura*, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não executava, limitando-se a reprová-lo e recomendá-lo".

A ligação entre *actio* e *obligatio* está na origem da concepção da atividade jurisdicional como função declaratória.

Enquanto a *actio* permitia apenas declarar o direito reconhecido válido no âmbito do direito privado, os *interdicta* manejados pelo pretor, no exercício do *imperium*, asseguravam proteção efetiva aos direitos⁴.

O conceito de jurisdição, entretanto, ficou restrito ao procedimento da *actio* porque seu caráter declaratório tinha por finalidade solucionar o litígio, sem a preocupação de provocar modificações na realidade. A atividade jurisdicional, portanto, se aproxima do modelo da *actio* romana, onde os efeitos da ordem judicial não integravam a essência do ato jurisdicional⁵.

Através da *actio* estabeleciam-se os contornos do exercício dos direitos. De certo modo, mesmo apesar da limitação dos efeitos declaratórios, o exercício da *actio* permitia dar extensão e intensidade aos direitos.

A modernidade retomou a problemática da *actio* com a obra de Bernhard Windscheid

cumprimento pelo condenado." (Ação de Imissão de Posse, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1997, pág. 23).

⁴ Sobre o papel da ação no direito romano ver Vittorio Scialoja, Procedimento Civil Romano, Buenos Aires, EJE, 1954, pág 100 e seguintes.

⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, Curitiba, Dissertação de Mestrado, UFPR, 1998, pág. 5.

e a polêmica criada entre ele e Theodor Muther a respeito do conceito de ação. Para Windscheid a *actio* era a expressão de um direito de crédito, de uma *obligatio* sendo o ordenamento jurídico romano um ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis e não um ordenamento de direitos⁶. A idéia de que a *actio* é expressão de direitos consolida a premissa de que o direito antecede a ação. Muther combateu as idéias de Windscheid afirmando que o conceito moderno de ação é estranho a *actio* porque esta não pressupunha a existência anterior de direitos⁷. A *actio* é concebida apenas como pretensão do titular do direito violado a tutela jurisdicional, que não se confunde com a pretensão de direito material. Estava montado, desse modo, o arcabouço teórico que propiciaria a afirmação da autonomia do processo em relação ao direito material.

A exemplo do que ocorreu com o direito de propriedade, e mais especificamente com a posse, a polêmica em torno do conceito de ação tentou recuperar institutos próprios do direito romano para

⁶ Bernhard Windscheid afirma que "in questo senso noi possiamo dire che le *actiones* romane per noi sono diritti, pretese giuridiche. Tuttavia, l'*actio* non è identica alla pretesa giuridica, essendo diretta in primo luogo alla persecuzione giudiziaria. Noi possiamo quindi anche dire che l'*actio* indica ciò che noi, dal nostro punto di vista, appare come pretesa giuridica." (Polemica Intorno All "*Actio*", Firenze, Sansoni, pág. 313).

⁷ Afirma Muther que "il diritto di agire o l'*actio* in questo senso, si può ritenere connesso fin da principio, come diritto condizionato, al diritto originario, anche quando il secondo non è stato ancora violato, in modo che esso non è veramente un "*annexum*" di quello, nè un'aggiunta al suo contenuto, bensí un particolare diritto condizionato, che esiste accanto a protezione di quell'altro." (Polemica Intorno All "*actio*", pág. 234).

adaptá-los à realidade social e jurídica da modernidade. Sem atentar para as diferenças e para os efeitos da adaptação, resgatou-se do direito romano aquilo que nos institutos jurídicos mais facilmente podia ser transposto para a nova estrutura social e jurídica. Esta atitude metodológica se mostra nítida na construção do conceito de pretensão que possibilitou a desvinculação teórica entre ação de natureza processual e a ação inerente ao próprio direito material⁸.

A introdução do conceito de pretensão (direito de exigir de outrem uma prestação ativa ou uma abstenção, segundo o BGB § 194), na teoria do processo, a partir do pensamento de Windscheid, objetivou substituir a função que a *actio* desempenhava no direito romano e que permitia ao pretor, pensava Windscheid, dar "expressão" aos direitos. Este poder conferido ao pretor não se ajustava ao formalismo do direito moderno⁹ ¹⁰. A retomada da *actio* somente fazia

⁸ Ovídio A. Baptista da Silva sustenta que August Thon consumou a supressão dos conceitos de pretensão de direito material e de ação de direito material que veio a consolidar a idéia de ação de natureza estritamente processual (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1996, pág. 142/145). É necessário ressaltar, entretanto, que antes do reconhecimento da supressão da pretensão de direito material e da ação de direito material, o que está em discussão é a estrutura do conceito de pretensão situada na história. Somente a partir desta premissa é que se pode reconhecer que, uma vez formulado o conceito de pretensão, num segundo momento, operou-se a supressão da pretensão de direito material e da ação de direito material mantendo-se a noção de ação de natureza estritamente processual. Esta supressão se viabilizou através da formulação do conceito de pretensão que deu à exigibilidade a forma do conceito permitindo assim tratá-la como entidade distinta do direito.

⁹ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 35.

¹⁰ Sobre o sentido formal que assume o conceito de ação e o movimento juscientífico em que se insere, Ricardo Orestano escreve que "*Anche qui vi è un'eco della distinzione che abbiamo già visto in Savigny fra azione in senso sostanziale e azione in senso formale. Ma in nuove posizioni l'azione in senso formale viene considerata come entità distinta e diversa, come un diritto autonomo, il diritto d'agire, con una varietà estrema di costruzioni, cui contribuiscono da un lato tutti gli sviluppi del dommatismo giuridico, dall'altro al progressivo affermarsi della*

sentido, portanto, na medida em que a função que desempenhara no direito romano pudesse ser integrada a estrutura formal do direito moderno¹¹. A adaptação que resultou no conceito de pretensão foi favorecida pela concepção formalista da ciência jurídica moderna e pela percepção de Windscheid da função da *actio* na estrutura do direito romano¹².

A função essencial da *actio* no direito romano não era compatível com a estrutura do direito moderno porque se chocava com o princípio de sistematização formal que não admitia que novos direitos fossem reconhecidos através da prática judiciária, sem que previamente previstos na lei

scienza processuale tedesca, la quale, specie dopo l'entrata in vigore del regolamento processuale germanico del 1879, tenderà ancor più ad affermare la propria autonomia e ad assumere come uno dei propri oggetti fondamentali la dottrina dell'azione in senso formale." (Azione, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, vol. IV, pág. 796).

¹¹ Pontes de Miranda escreve que "a *actio* romana continua de existir independente da "ação" no sentido de invocação do juiz, "plus" que se junta à "actio" quando se chama o obrigado a juízo. Esse plus é o elemento medieval que se superpôs, na cultural ocidental, à *actio* romana. Desde Paul Laband, em 1869, até Otto Von Gierke e Giuseppe Chiovenda, ficou provado que os dois conceitos se juntaram, na realidade e em nós, sem se fundirem. Ainda hoje, as petições iniciais contêm a afirmação contra o adversário, não mais dirigida a ele, mas para ele impugnar ou não, e a comunicação de vontade de ver resolvido o pleito; bem como a declaração de vontade que liga o Estado (cp. Moritz Wlassak, *Actio*, 303 s.). O particular que cobra de outro, ou manda cobrar pelo procurador, sem ser judicialmente, a dívida, exerce a *actio*, não, porém, a "ação", no sentido de querela. A intimação judicial fica entre as duas, sem deixar de ser *actio* e não podendo ser "ação", querela." (Comentários ao Código de Processo Civil, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, Tomo I, 1995, pág. XIX).

¹² Enneccerus, Kipp e Wolf descrevem o modo como operado o ajuste conceitual entre *actio* e pretensão afirmando que "El concepto de la pretensión es extraño a la antigua teoría. Lo que nosotros llamamos pretensión se calificaba (bajo el supuesto de existir la protección a derecho) derecho de acción, acción en el sentido material, *actio*. Perose distinguía el concepto de la acción. Mientras que, según Savigny II, § § 204 y 205, la acción aparecía como un nuevo derecho que se desenvolvía sobre el derecho vulnerado, otros afirmaban que la acción no era por si un derecho, sino sólo un complemento del derecho (PUCHTA § 81 y Vorlesungen), "una parte integrante de la emanación del derecho, a cuya protección sirve la demanda" (WACHTER I WURTT PrP II § 62 NOTA 1), "el poder residente en el derecho de afirmar validez frente a la voluntad opuesta de otros" (ARNDT § 96). Solo Windscheid demostró que aunque los romanos incluyeran en el concepto de la acción el elemento de la protección judicial, esto se explica en virtud de la evolución histórica, en particular en virtud del establecimiento de nuevas acciones (y, sólo como consecuencia, de nuevos derechos), por el derecho pretorio, cosa que no se ajusta ya a nuestra concepción actual, ya que considera totalmente el derecho como el fundamento, y la persecución judicial sólo como una consecuencia. Por tanto, substituyó para el derecho moderno el concepto de

positiva. Para manter o primado da unidade conceitual e formal do sistema jurídico, introduziu-se o conceito de pretensão, cuja operacionalidade permitia separar o direito material da forma de sua proteção judicial¹³.

A *actio* romana servia para garantir direitos existentes no ordenamento jurídico e também para dar "expressão" aos direitos investindo o pretor de certo poder criativo, conforme sugerido por Windscheid. O conceito de pretensão tenta manter a supremacia da vontade individual, diante da potência avassaladora do Estado, fazendo-a mover-se dentro de um sistema normativo hermético que direciona o querer individual outrora sem limites demarcados, *a priori*, tão-somente contra o obrigado na relação jurídica. Com a introdução do conceito de pretensão no sistema jurídico moderno, o direito material a ser reconhecido válido no processo será apenas aquele previamente contido na lei positiva¹⁴. Esta concepção metodológica contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento da racionalidade formal-positivista no direito.

Tanto o instituto romano da *actio*, aproximado ao de *obligatio*, quanto o de pretensão, apoiam-se na vontade individual como fundamento da

la acción por el concepto de la pretensión." (Derecho Civil, Tradução Espanhola da 39ª edição alemã, Tomo I, pág. 470).

¹³ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 36/37.

¹⁴ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pag. 37.

ordem jurídica. A diferença entre uma e outra reside em que, para os romanos, não havia a preocupação teórica de dar ao direito um caráter sistêmico, formal e abstrato, ao contrário do que acontece na modernidade, onde a sistematização do direito ocorre em torno da lei positiva.

Na modernidade, a realização do direito está condicionada pelo sistema e sua justificação racional. Embora o poder inerente à pretensão traduza a força da vontade individual, referida vontade está subordinada à existência da lei positiva que delimita o direito. Ao mesmo tempo em que encobre o poder criativo de que dispunha o pretor no manejo da *actio*, o conceito de pretensão opera a desvinculação da ação de direito material e do próprio direito material da ação de natureza processual¹⁵. Perante o processo, os direitos assumem natureza obrigacional, relacionados sempre a pessoa determinada. Assegura-se, desse modo, a eficácia do princípio que reconhece no Estado e na lei positiva os instrumentos de produção de direitos¹⁶.

¹⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 37/38.

¹⁶ Conforme reconhece Ovídio A. Baptista da Silva, "a concepção imperativista - que coincide historicamente com a fase mais conservadora da política liberal - é a máxima expressão da teoria do direito como relação de promessas e expectativas, em última análise, entre relação interpessoal de obrigação e pretensão, tendo-se sempre presente que o conceito de pretensão foi construído por Windscheid a partir do conceito de *actio*." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 145).

A natureza concreta¹⁷, abstrata¹⁸ ou eclética¹⁹ da ação processual, de um modo ou de outro, se estabelece em função da relação da ação processual com o direito material. O que sustenta a formulação teórica do conceito de ação processual, em última análise, é o alcance da autonomia entre processo e direito material. A autonomia é medida pela relação com o direito material, mediante variação de grau e abrangência entre uma teoria e outra. Ao invés de afirmar a autonomia científica entre direito material e processo, o fundamento teórico da autonomia repousa na relação entre um e outro. Evidencia-se, assim, a insustentabilidade teórica da pretendida separação radical entre direito e processo, que somente é alcançada através de esforço de racionalização que ignora o caráter valorativo do fenômeno jurídico. A fragilidade teórica dos postulados da autonomia evidencia-se na transposição de conceitos do direito material para o processo, a exemplo do que ocorre com o de relação jurídica. A autonomia e a ruptura entre direito material e processo, desse modo, não se revela

¹⁷ Sobre a teoria concretista da ação ver Giuseppe Chiovenda, *La Acción en el Sistema de los Derechos*, Bogota, Editorial Temis S/A, 1986, pág. 35 e seguintes).

¹⁸ Ver Theodor Muther, *Polêmica Intorno All "Actio"*, pág. 235 e seguintes.

¹⁹ Enrico Túllio Liebman formulou a teoria das condições da ação que trata do vínculo entre direito material e processo, sem deixar de reconhecer a natureza autônoma e abstrata da ação de natureza processual. (Ver *Manual de Direito Processual Civil I*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, pág. 153 e seguintes).

tão profunda quanto teoricamente esboçada²⁰. Quanto maior o esforço teórico para demonstrar a autonomia, mais evidente se torna a permanência da tensão entre direito material e processo, cuja solução, ao contrário do que se imaginou, deve ser buscada na direção do direito material e não na do processo autônomo.

Constatado o malogro da tentativa de afirmar a supremacia da ação de natureza processual, dissociada da existência ou não do direito material, voltou-se a atenção para o direito material na busca de fundamentos teóricos consistentes para a tutela de direitos.

Paralelamente a aceitação majoritária no Brasil das teorias autonomistas da ação, que se refletiu no acolhimento da teoria eclética pelo Código de Processo Civil de 1973, manteve-se acesa a discussão em torno da existência de uma ação no âmbito do próprio direito, a partir da definição contida no artigo 75, do Código Civil de 1916, e da teoria da ação de direito material, defendida por Pontes de Miranda²¹.

O fundamento da existência da ação de direito material está relacionado ao conceito de pretensão. Pontes de Miranda retoma o conceito de pretensão formulado por Windscheid para afirmar que a

²⁰ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 60.

pretensão expressa a exigibilidade inerente ao próprio direito material²². A pretensão é poder que nasce da relação jurídica entre obrigados pelo contrato ou pela Lei.

O direito subjetivo que é a faculdade de exigir do obrigado a prestação decorrente da vinculação contratual ou legal antecede a pretensão. De acordo com Pontes de Miranda, o direito subjetivo, como produto da incidência da regra jurídica, é limitação a esfera de atividade de outros possíveis obrigados^{23 24}.

A ação de direito material decorre da configuração da pretensão²⁵. No âmbito do direito material passa-se sucessivamente do direito subjetivo,

²¹ Ver Tratado das Ações, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, Tomo I, 1970 pág. 109 e seguintes.

²² A respeito da pretensão escreve Pontes de Miranda que "pretensão é, pois, a tensão, para algum ato ou omissão, dirigida a alguém. O pre está, aí, por "diante de si". O direito é dentro de si mesmo, tem extensão e intensidade; a pretensão lança-se. Não é o direito, nem a ação, nem, a fortiori, a "ação" (sentido processual); há direitos que perderam, ou não têm pretensão; há ações, sem que o autor delas seja o titular da pretensão; e pretensão, sem a "ação" ou sem a ação e a "ação". Na pretensão, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico." (Tratado das Ações, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, Tomo I, 1970, pág. 53).

²³ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pag. 72.

²⁴ Na explicação sobre o que configura o direito subjetivo Pontes de Miranda escreve que "o pedaço de terreno de 50 x 50 metros é coisa, no sentido do mundo fático, mas a sua apropriação por A é no plano das relações humanas interpessoais: nem B, nem C, nem outrem pode apropriar-se dele. Como coisa, o terreno não pode sentir, nem ter atenção para o que se passa, e tudo que se passa, no tocante a ele, juridicamente, é só no mundo jurídico. Apenas esse mundo jurídico, por sobre o mundo fático, mas integrado nele, é que dá acesso, ou que fecha passagem para o mundo fático. Se o objeto é cousa, ato ou omissão de outrem, tem isso importância no que diz respeito à determinação dos sujeitos passivos, isto é, das pessoas que ficam no lado passivo da relação jurídica." (Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, vol. V, pág. 252).

²⁵ Ovídio A. Baptista da Silva afirma que "a ação de direito material que é o agir - não mais o simples exigir - por meio do qual o titular do direito realiza-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado." (Curso de Processo Civil, 2.ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, vol. I, 1991, pág. 64).

à pretensão e à ação de direito material, que ainda não é a ação de natureza processual.

O conceito de ação de direito material deriva do princípio de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura (artigo 75, do Código Civil Brasileiro). A ação de direito material se dirige ao obrigado na relação jurídica de direito material.

A defesa da existência de uma ação de direito material reforça a intensidade do direito. A ação de direito material contém implícito o poder do titular de assegurar o cumprimento do que lhe é devido. Além deste aspecto, a teoria da ação de direito material mostra o que de fato ocorre no modo de exercício dos direitos.

A noção de ação de direito material contraria a premissa de separação radical entre direito material e processo. Embora possam ser diferenciadas por causa dos planos que lhes são próprios, a ação de direito material e a ação de natureza processual são complementares e o exercício de uma implica necessariamente a existência da outra, de modo que se pode afirmar que ação de direito material e ação processual são dois aspectos de um mesmo instituto jurídico, no caso a ação, visto em todos os seus ângulos, principalmente no da dinâmica funcional

desempenhada no interior do ordenamento jurídico na direção da satisfação material dos direitos²⁶.

A idéia de ação de direito material, vista na perspectiva funcional do direito e da ação, é útil para a construção da tutela da posse e da propriedade, porque permite compreensão mais ampla dos elementos valorativos integrantes da situação de fato a ser regulada.

Seção 16

O Conceito de Jurisdição

O problema da jurisdição tornou-se relevante no direito processual em razão do papel atribuído ao Estado na produção e na aplicação da lei. O caráter publicista atribuído ao processo deslocou a ação da condição de instituto aglutinador na ciência processual para substituí-la, nessa função, pela idéia de jurisdição que expressa o poder do Estado de reconhecer e concretizar direitos²⁷.

²⁶ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 85.

²⁷ Cândido Rangel Dinamarco assinala que "A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado Estado social: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor." (A Instrumentalidade do Processo, pág. 81).

A importância do conceito de jurisdição não decorre apenas da reorientação de paradigmas teóricos para o processo. Reflete também a proeminência do Estado na organização e no exercício do poder na sociedade moderna.

A organização do Estado e do poder que ele expressa tornou-se possível com o constitucionalismo que reconheceu na Constituição o instrumento político e jurídico de legitimação do exercício do poder na modernidade. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁸ forneceram os fundamentos para a concepção moderna de Estado e de Constituição. Coube ao Estado e à Constituição assegurar a viabilidade das premissas filosóficas do individualismo e do liberalismo econômico e sustentar o ideário político da Revolução Francesa. O objetivo do Estado e da Constituição é proteger a pessoa e os bens de cada membro da sociedade, conforme propôs Rousseau no modelo de organização da sociedade mediante associação regulada pelo que ele denominou de contrato social²⁹.

²⁸ Hannah Arendt adverte que a declaração dos direitos individuais se referia a um ser humano abstrato que não existia em parte alguma e não levava em conta algum tipo de ordem social circunstâncias que contribuíram para desobrigar os Estados-nações de protegê-los de forma concreta e eficaz. (Ver Origens do Totalitarismo - Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo, São Paulo, Cia. das Letras, 1997, pág. 324 e seguintes).

²⁹ Sobre o problema do contrato social Jean-Jacques Rousseau escreve que "*Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant.*" *Tel est le problème fondamental dont le contract social donne*

Compete ao Estado e a Constituição, portanto, garantir o respeito aos direitos individuais, notadamente ao direito de propriedade³⁰. Protegem-se os interesses individuais e, de forma reflexa, os interesses sociais ou coletivos, estes apenas na medida em que relevantes para a proteção daqueles. A organização do exercício do poder na sociedade, desse modo, pautou-se pela transposição para o domínio da Constituição e, por conseguinte, do direito constitucional da mesma racionalidade conformadora dos institutos jurídicos do direito privado. Os institutos jurídicos de direito público surgidos com o constitucionalismo, a exemplo do direito privado, orientaram-se pelas premissas filosóficas do racionalismo cartesiano³¹. O Estado que surge para garantir a consolidação do liberalismo econômico e do individualismo propicia, desse modo, a emergência de um espaço público formal e idealizado, onde a liberdade individual se reduz à forma abstrata do conceito, incapaz de instrumentalizar a construção da cidadania e

la solution." (Du Contrat Social, Genebra, Constant Bourquin, Éditeur, 1947, pág. 191). Ingo Wolfgang Sarlet inscreve a idéia de contrato social de Rousseau na linha do pensamento contratualista que se desenvolveu na Inglaterra com John Milton, Thomas Hobbes e John Locke, e que influenciou a concepção de Kant a respeito da liberdade e da propriedade. A concepção contratualista da sociedade está na origem do constitucionalismo e do Estado moderno. (Ver A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 1998, pág. 38 e seguintes).

³⁰ Ver supra Capítulo IV, Seção 10.

³¹ Ver supra Capítulo II, Seção 4.

de influenciar o exercício do poder, embora comprometida a fazê-lo³².

A teoria do poder constituinte que está na gênese sócio-política da Constituição pode ser apontada como exemplo da abstração conceitual que caracteriza os institutos de direito público do Estado moderno.

O poder constituinte, segundo Sieyès, é representado pela comunidade que, por sua vez, é a expressão de interesses permanentes³³. Comunidade e interesses permanentes são conceitos abstratos que dificultam a compreensão da influência do cidadão concretamente considerado no modo como exercido o poder na sociedade.

Por outro lado, o compromisso do Estado com a democracia está restrito ao aparato ideológico do liberalismo econômico. O ideário do liberalismo econômico e o da democracia, conforme assinala Paulo Bonavides, nem sempre coincidiram e algumas vezes até apontaram para direções opostas³⁴. O

³² Sobre o papel da ideologia do individualismo na configuração do Estado moderno ver Nelson Saldanha, *Teoria do Direito e Crítica Histórica*, Rio de Janeiro, Editora Renovar Ltda., 1987, pág. 153 e seguintes.

³³ Para uma análise detalhada da configuração do Poder Constituinte e da teoria de Sieyès em contraste com a teoria da vontade geral de Rousseau ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1985.

³⁴ Paulo Bonavides afirma que "A possibilidade de dissociar a democracia do liberalismo se cinge, em última análise, à distinção dos valores fundamentais sobre os quais se baseiam. O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão. Partindo desse ponto de vista, havia o liberalismo desenvolvido um sistema metafísico completo, fundado na fé de que uma solução racional total podia resultar do livre concurso das opiniões individuais em todos os domínios da vida"... A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de

postulado da liberdade individual não tem compromisso com a construção de objetivos sociais comuns, ou de um espaço público e democrático porque fazê-lo seria negar a essência da própria individualidade. O indivíduo isolado não é capaz de comandar o próprio destino. Ele está obrigado a abdicar da liberdade de que é portador porque a vida em sociedade implica o reconhecimento da existência do outro e de interesses que ultrapassam a esfera individual. A liberdade atribuída ao indivíduo reproduz no espaço público a idéia de liberdade defendida pelo individualismo, que faz de cada indivíduo potência única e soberana e que não concebe a existência de outro poder que lhe seja externo. A fonte do poder do Estado e da Constituição, desse modo, não pode estar no indivíduo portador da liberdade teoricamente sem limites. Ela repousa na nação que é a expressão dos interesses permanentes da comunidade. Não sendo a fonte de onde emana o poder que se expressa no Estado e na Constituição, não cabe ao indivíduo decidir acerca do modo como o poder é exercido. A potência da liberdade individual em relação ao Estado moderno e à Constituição é mais categoria conceitual que

que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado. É sob esse aspecto que se introduz a doutrina liberal nas primeiras constituições escritas, as cartas americanas e francesas, cujas teses adquiriam, para a democracia liberal, o valor de uma profissão de fé religiosa e mística. Nos Estados Unidos, essa mentalidade fundada na crença da personalidade soberana e ilimitada do indivíduo, precedendo o Estado, se manteve até o fim do século XIX, graças à atitude conservadora da Suprema Corte." (Do Estado Liberal ao Estado Social, 5.ª ed., Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda, 1993, pág. 40).

propriamente instrumento de exercício da cidadania e de construção do espaço público^{35 36}.

Embora a liberdade individual não tenha força para configurar o espaço público e a prática democrática, o Estado e a Constituição não estão desobrigados de preservar o espaço privado propício ao exercício da individualidade. O que não significa reconhecer que o Estado e a Constituição estejam autorizados a interferir na esfera privada. Qualquer interferência nesse sentido seria concebida como limitadora da liberdade individual. Na esfera privada configura-se o conflito entre o poder estatal e o poder da vontade individual, que se resolve pela neutralidade técnica do Estado e pela abstração universalizante do conceito³⁷.

Apesar das limitações, é necessário reconhecer que o constitucionalismo e o Estado moderno impulsionaram a concretização do princípio democrático.

A intensificação das demandas sociais no século XX alterou o perfil da Constituição e do Estado que passaram a tutelar os chamados direitos

³⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 98/99.

³⁶ José Antônio Peres Gediel ilustra o aparato conceitual que cerca a noção de indivíduo quando afirma que o direito moderno define o ser humano através de uma representação jurídica de pessoa. Para ele, na construção jurídica da modernidade, o homem é separado da natureza e ligado a Deus; vincula-se aos demais seres humanos por meio do contrato; e é dotado de qualidades jurídicas, de forma a constituir núcleo de imputação individual de direitos e deveres jurídicos. (Ver *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, org. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2000, pág. 57-85).

sociais e a incorporar regras de intervenção no domínio econômico. O Estado liberal, que exprimiu a ideologia do liberalismo econômico, cedeu lugar ao Estado do bem-estar social, que assumiu a tarefa de aprofundar a democracia e de perseguir o objetivo de igualdade substancial.

Com a consolidação da sociedade de massas e de consumo³⁸, o Estado do bem-estar social entrou em declínio. Verifica-se atualmente a emergência da globalização econômica e da ideologia do neoliberalismo, com o conseqüente enfraquecimento do Estado³⁹. Revigorou-se a defesa dos princípios que

³⁷ Sobre os reflexos no direito da neutralidade do Estado e do conceitualismo, ver supra Capítulo II, Seção 4.

³⁸ Michel Maffesoli defende o fim do ideal democrático com a emergência da sociedade de consumo afirmando que na atualidade "existe apenas o conflito lúdico de imagens, de pouco sangramento, onde a violência pode ser ritualizada, quem sabe até institucionalizada." (A Contemplação do Mundo, Porto Alegre, Artes e Ofícios Editora Ltda., 1995, pág. 155). De certo modo, concretizou-se a advertência de Guy Debord de que "toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivo diretamente tornou-se uma representação." (A Sociedade do Espetáculo, Rio de Janeiro, Contraponto Editora Ltda, 1997, pág. 13).

³⁹ A respeito do renascimento do liberalismo no final do século XX José Luis Fiori escreve que "Com a vitória política conservadora, retornou ao governo e ao poder das principais potências mundiais, na forma de crença e de política econômica, o "princípio liberal", defendendo, como antes, a abertura e desregulação de mercados. E de novo com ênfase particular nos mercados do trabalho e do dinheiro. A importância hierárquica dos novos governos conservadores e de seus mercados financeiros desencadeia um efeito dominó que em poucos anos generaliza as mesmas políticas liberais em quase todos os países capitalistas. Como no século XIX, este liberal commitment é assumido pelos governos e pelas elites internacionalizantes de todos os países componentes do velho núcleo do poder político e econômico do sistema capitalista. E, também como no século XIX, o capital financeiro volta a ocupar o proscênio, em blocos de poder formados com seus Estados nacionais e competindo por novos territórios econômicos, delimitados já não pelas barreiras comerciais, mas pela credibilidade das suas moedas e dos sistemas de pagamento. Criam-se verdadeiros "territórios monetários" que se espraiam e competem através de um universo integrado pelas desregulações nacionais do movimento de capitais e pela descompartmentalização dos próprios mercados financeiros do câmbio, dos títulos públicos e privados, das ações, dos imóveis e das commodities. Nasce, então, uma nova onda de internacionalização e concentração financeira mais volátil e excludente do que a que ocorreu no século XIX, porque é impulsionada, em última instância, pela flutuação cambial que não existia no padrão-ouro. Por isso mesmo, ela também impõe, e de maneira mais categórica, a mesma convergência "ortodoxa" das políticas econômicas nacionais, em particular no caso dos Estados com moedas fracas. O "moinho satânico" volta a operar a todo vapor, como no século XIX, mas agora de maneira mais perversa no mundo do trabalho e de maneira mais extensa e imperial no mundo das finanças globalizadas, impondo limites estreitos às políticas econômicas e às taxas de crescimento da economia mundial, começando pela dos próprios países mais industrializados. Fenômenos que se reproduzem de forma mais dura nos

moldaram o Estado liberal do século XIX para sustentar novo ciclo dos movimentos globais de fluxos financeiros. A reestruturação do papel do Estado na sociedade contemporânea resultou em novo estágio de restrições à democracia, visto que a delimitação do espaço público voltou a depender de uma racionalidade de cunho formalista, ainda que alterado o grau de sofisticação técnica propiciada pela revolução da informação e do conhecimento.

A atividade jurisdicional decorrente do poder estatal incorporou a neutralidade técnica característica do Estado moderno. A neutralidade da jurisdição revela-se na função que lhe é reservada de apenas declarar a existência de direitos⁴⁰, semelhante a que assumiu a *actio* no direito romano⁴¹. A função declarativa retira da jurisdição o poder de império e, conseqüentemente, a capacidade do ato jurisdicional de produzir efeitos tendentes a modificar a realidade fática.

países periféricos, onde, como no século XIX, mas agora sob a batuta direta dos "mercados financeiros" e seus principais players, "as privações dos desempregados, sem emprego devido à inflação, a demissão de funcionários públicos, afastados sem uma pensão, até mesmo o abandono dos direitos nacionais e a perda das liberdades constitucionais (voltam a ser) considerados um preço justo a pagar pelo cumprimento da exigência de orçamentos estáveis e moedas sólidas (Polanyi, 1980, p. 147)." (Estados, Moedas e Desenvolvimento, in Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1999, pág. 72/73).

⁴⁰ A natureza declaratória da jurisdição é defendida por Allório para quem o efeito declaratório é a característica essencial da jurisdição. Duas outras propostas teóricas assumiram relevância na definição de jurisdição. Chiovenda diz que a jurisdição se define como poder do estado de aplicar a lei. Carnelutti defende a idéia de jurisdição como justa composição da lide. Para uma explicação detalhada e crítica dos três conceitos de jurisdição ver Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, Teoria Geral do Processo Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997, pág. 60 e seguintes).

⁴¹ Ver supra Capítulo VI, seção 15.

A redução da função jurisdicional à declaração evita o comprometimento da neutralidade técnica do Estado. O exercício do poder jurisdicional, a exemplo dos demais poderes do Estado, não pode impedir a concretização do princípio do livre comércio defendido pelo liberalismo no século XIX e que, atualmente, se traduz no princípio do livre fluxo de capitais globalizados incentivado pelas políticas econômicas neoliberais⁴². A natureza declaratória da jurisdição, portanto, tem caráter ideológico e não apenas dogmático-conceitual⁴³.

É inegável, entretanto, que a atividade jurisdicional se inscreve entre os instrumentos necessários para assegurar a efetividade material dos direitos fundamentais inscritos na Constituição. De nada valeria a Constituição garantir o direito à liberdade se a liberdade que constitui o direito não pudesse ser experimentada pelo indivíduo de forma concreta tendo ele, inclusive, a faculdade de buscar do próprio Estado a proteção devida ao direito

⁴² O caráter declaratório da jurisdição vem sendo mitigado atualmente pela introdução no ordenamento jurídico brasileiro de modalidades de tutelas antecipatórias que reduzem a separação radical entre o processo de conhecimento, de natureza declaratória e o processo de execução. Mas ainda está arraigada na cultura jurídica brasileira a defesa dos efeitos declaratórios da jurisdição.

⁴³ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 102.

de que dispõe, em caso de ameaça ou de violação efetiva⁴⁴.

A atividade jurisdicional compreende as tarefas de interpretação e de aplicação do direito. A tarefa interpretativa confere à jurisdição, que é poder, o poder de declarar ou de determinar a extensão e os limites dos direitos inscritos no ordenamento jurídico, em determinado momento histórico. Vista na perspectiva do poder jurisdicional, a interpretação surge assinalada por dupla filtragem. Aquela própria da interpretação, do sentido e do significado, que ocorre no interior da linguagem⁴⁵ e uma outra determinável pela contingência do poder estatal que se impõe a toda a sociedade, não apenas como força coercitiva, mas também como manifestação do ponto de vista do Estado do que deva ser admitido como jurídico e justo em um determinado momento.

A concretização do direito justo é o objetivo primordial da jurisdição. Na sociedade moderna, entretanto, a idéia de justiça confundiu-se com a existência da lei positiva produzida pelo Estado. O primado da lei, além de assegurar a sistematização do

⁴⁴ Francisco Cardozo Oliveira, A função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 104.

⁴⁵ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

direito⁴⁶, objetiva conferir segurança às relações jurídicas⁴⁷ necessárias a consolidação do liberalismo econômico.

A validade da lei positiva depende apenas da observância do procedimento técnico legislativo de sua elaboração. Reforça-se assim o caráter formalista do direito, sem compromisso com conteúdos valorativos, e o distanciamento da lei positiva do ideal de justiça material.

A redução do direito à lei positiva é pressuposto complementar do caráter declaratório da jurisdição. A lei é reconhecida portadora dos valores da justiça que se encontram positivados no ordenamento jurídico. Reserva-se ao intérprete apenas a tarefa de declarar-lhes a existência por ocasião do processo de aplicação. A jurisdição de natureza declaratória, na presença da lei positiva, tende a voltar-se mais para a sistematização do ordenamento jurídico do que para assimilar os valores da realidade da situação de fato a

⁴⁶ Ver supra Capítulo II, seção 4.

⁴⁷ Ovídio A. Baptista da Silva localiza a origem do princípio de segurança jurídica no pensamento político de Hobbes. Diz ele que "a idéia de segurança ocupa o ponto central da doutrina política de Hobbes, sendo, como diz Antonio de Gennaro, a preservação da paz, para ele, a "norma ética suprema", legitimadora da formação do Estado, como instituição política capaz de evitar a "guerra de todos contra todos", que teria caracterizado o convívio social antes da existência do Estado: "Se quindi, anche dopo l'introduzione di una serie di norme razionali culminanti nella norma suprema che prescrive di cercare na pace, Hobbes continua a dipingere lo "stato di natura" come una condizione di guerra "di tutti contro tutti", ciò non può più dipendere dalla totale irrazionalità o contraddittorietà di tale stato, ma dal fatto che ad Hobbes preme accentuarne la radicale insicurezza al fine di meglio evidenziare la necessità dalla nascita dello Stato o condizione giuridica umana. Quest'ultima, assicurando coattivamente l'osservanza di fatto o anche in foro esterno delle leggi naturali o razionali, transforma uno stato di guerra o di razionalità potenziale in uno stato de pace o di razionalità effettiva." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág 108).

ser regulada. Prevalece a ficção de que o sentido que a lei encerra é unívoco.

É imprescindível que a jurisdição possa recuperar o poder de império para assimilar os valores da realidade fática, de forma a assegurar efetividade material aos direitos⁴⁸. A atividade jurisdicional de cunho declaratório de direitos supostamente inscritos na lei positiva não se coaduna com a complexidade da sociedade contemporânea⁴⁹. A interpretação e a aplicação da lei não se resumem a um silogismo de premissas lógicas⁵⁰. A tarefa de concretização de direitos lida com a complexidade de valores que se forma na relação entre os elementos da lei positiva e os da situação fática.

Deve-se ampliar os horizontes da jurisdição. É necessário reconhecer antes de mais nada que a justiça da decisão judicial não depende apenas da declaração dos valores cristalizados na lei positiva,

⁴⁸ Emílio Betti ressalta que o *imperium* integrante da atividade pretoriana da *iuris dictio* demonstra a prudência dos romanos de resistir aos abusos do poder normativo na formação do direito. A formação da norma estava garantida através de uma maior aderência às exigências da vida social romana. (Ver *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milão, Giuffrè Editore, 1991, pág. 591 e seguintes).

⁴⁹ Conforme escreve Antonio Castanheira Neves "pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação ao direito (*iuris-dictio*): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo. Não que o legalismo esteja de todo abandonado e não se mantenha como uma referência comum e um modo de juridicidade ainda concorrente ou alternativo, como veremos, mas são também já muitos os fenómenos jurídicos da sua superação e com directa repercussão nas tarefas da função jurisdicional. Se dermos uma projecção global a esses fenómenos na revisão crítica do sentido actualmente pensável do direito, não será exagerada esta conclusão, que tantos fazem sua: "o positivismo jurídico está definitivamente morto devemos dar substância a uma razão jurídica alargada" (*LENOBLE*)" (Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou Entre "Sistema", "Função" e "Problema" - Os Modelos Actualmente Alternativos de Realização Jurisdicional do Direito, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXIV, 1998, pág. 4).

⁵⁰ Ver supra Capítulo II, seção 5, alínea "a".

mas de uma postura interpretativa que também considere válidos os valores da realidade social e histórica em que inserida a situação de fato⁵¹.

A recuperação teórica e prática do conteúdo executivo do ato jurisdicional confere à jurisdição o poder de modificar a realidade fática para assegurar a tutela efetiva dos direitos. Permite também assumir como relevante a premissa de que o objeto da jurisdição, para além de concretizar o direito justo, é o de pacificar o conflito. O ideal de pacificação do conflito não pode resumir-se à defesa do primado da segurança jurídica, inspirado na positividade da lei e no princípio de neutralidade técnica do Estado e da própria jurisdição. O objetivo de pacificar o conflito coloca em perspectiva a relevância que a realidade do caso concreto assume para a jurisdição. A justiça que a atividade jurisdicional deve perseguir, portanto, está relacionada a assimilação no processo de concretização do direito dos

⁵¹ Ovídio A. Baptista da Silva afirma que é necessária a "reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência, sim no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é constituída por um ato criador de direito, portanto, um ato também de vontade..." "Não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juizes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época. "È precisamente su questo piano che logettivo moltiplicarsi delle incertezze della legge, e degli spazi discrezionali da essa aperti, trasferisce ai giudice il potere di creare nuovo diritto o di modificare quello esistente. Posto di fronte ad un contesto in cui muove situazioni economiche, politiche, sociali hanno determinato in Occidente un innegabile aumento dei poteri del giudice e un conseguente ampliarsi dei margini creativo-integrativi dell'interpretazione giudiziale...si coglie perfettamente la circostanza che la teoria, pur preso atto della crisi odierna delle fonti di diritto, non ha capacità descrittiva di una realtà, in cui il giudiziario più non si configura come "potere nullo". L'obiettivo delle più consapevoli teoria metodologiche di questo periodo diviene perciò il riadeguamento della teoria del diritto alla pratica giurisprudenziale." (Giuseppe Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione - Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, 1990, p. 5-6). (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pag., 213/214).

valores da realidade fática que envolve a aceitação da existência do conflito concreto inerente às relações sociais e de produção e da tarefa de, tanto quanto possível, superá-lo.

A tarefa da jurisdição voltada para a pacificação do conflito não chega a comprometer a validade do princípio da segurança jurídica, desde que compreendido que a segurança almejada somente se concretiza com a eliminação do conflito e com a realização da justiça material.

A jurisdição, portanto, deve estar comprometida com a justiça do caso concreto⁵² e com a pacificação do conflito. O conceito de lide de Carnelutti⁵³, neste sentido, pode ser útil para definir a atividade jurisdicional que venha a contemplar, além do efeito naturalmente declaratório, o efeito executivo assegurador da efetividade material dos direitos, inclusive em relação à posse e ao direito de propriedade.

Tomando-se a solução do conflito do caso concreto como um dos objetivos da atividade jurisdicional pode-se reconhecer jurisdicional qualquer ato que, dentro do processo, tenha por objetivo compor

⁵² Ver supra Capítulo II, seção 6.

⁵³ A respeito da noção de lide escreve Carnelutti que ela se materializa "quando taluno pretende la tutela di un suo interesse in contrasto con l'interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell'interesse o mediante la contestazione della pretesa." (Studi di Diritto Processuale, Padova, Antonio Milani, 1939, 3.º vol., pág. 29).

a lide e pacificar o conflito. Dessa forma, tanto pode haver ato jurisdicional no processo de conhecimento, como no de execução e até no âmbito da jurisdição voluntária. No caso do processo de execução propriamente dito, desde o momento em que o credor propõe a ação para exigir o que lhe é devido por parte do devedor, está materializado o conflito e, portanto, a lide que reclama pacificação. A justa composição da lide não se resume à prolação de sentença declarativa, conforme o proposto por Carnelutti. A noção de lide deve ser ampliada para abranger todas aquelas situações em que o conflito permanece latente no processo⁵⁴.

A circunstância de a lide ser o conceito jurídico de conflito só a torna conceito sociológico quando vista na perspectiva da sociologia. O que ela é, precipuamente, é conceito jurídico porque reconhecido como tal pela ordem jurídica. Nem por isso deixa de guardar relação com o conflito que ocorreu na realidade e que lhe é subjacente, por causa da referibilidade da ordem normativa ao mundo dos fatos que, todavia, não lhe desnatura o sentido e a relevância perante a jurisdição e o processo⁵⁵.

A atividade jurisdicional de efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios e

⁵⁴ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 129/130.

principalmente, mandamentais e executivos, que tenha como relevante os valores do caso concreto, a relação indissociável destes valores com os valores integrantes da lei positiva, e o ideal de pacificação de conflitos, poderá assegurar a viabilidade da construção de tutelas comprometidas com a justiça do caso concreto, em especial no caso da posse e do direito de propriedade. Uma jurisdição voltada para os valores da realidade fática, que permita ao intérprete o exercício de atividade criativa perante o texto legal⁵⁵, ao invés da postura passiva de quem apenas está incumbido de declarar o sentido da lei, terá condições de delimitar concretamente o alcance da posse e do direito de propriedade justos.

A ampliação dos horizontes da atividade jurisdicional para assimilar os valores da realidade fática se mostra mais necessária neste momento histórico, de retomada dos ideais do liberalismo econômico e de mudanças econômicas e sociais, que está a exigir soluções inovadoras para os múltiplos e complexos conflitos a que o Estado é chamado a pacificar.

⁵⁵ Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito, pág. 134/135.

⁵⁶ Antonio Castanheira Neves afirma que "À jurisdição, afinal, não cumpre apenas e tão-só uma estrita aplicação da lei, deverá antes considerar-se, para o dizermos com R. WASSERMANN (*Die richterliche Gewalt, cit., I*), que uma sua actividade juridicamente criadora é uma situação evolutiva que nas sociedades modernas terá de ver-se como irreversível." (Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou Entre "Sistema", "Função" e "Problema" - Os Modelos Actualmente Alternativos de Realização Jurisdicional do Direito, pág. 10)

Seção 17

A Complementação Necessária entre Ação e Jurisdição

A correta compreensão da idéia de ação de direito material e da própria ação de natureza processual somente pode ser atingida quando vistos os institutos na dinâmica funcional que assumem no interior da ordem jurídica. Com efeito, admitida a existência da ação de direito material, surge nítida a posição ativa do titular do direito que age para a satisfação do que lhe é devido, como ocorre na realidade dos fatos. A idéia da ação de direito material, por outro lado, fortalece a cidadania na medida em que confere efetividade aos direitos e concebe o titular do direito como sujeito concreto que atua para a realização da justiça, antes mesmo que o Estado venha a fazê-lo. Preserva também a compreensão de que os meios de defesa e de garantia são inerentes ao próprio direito e que, por isso, não dependem de uma confirmação incerta e aleatória *a posteriori* do processo, principalmente de um processo formalista, constituído de conceitos ideais e abstratos.

A idéia de ação de direito material aproxima o direito material do processo e permite reconhecer o caráter unitário do sistema jurídico⁵⁷. A defesa do caráter unitário do sistema jurídico não pode perder de vista o entendimento de que os direitos têm existência que não necessita ser reconhecida no processo, mas que, todavia, está contemplada no processo a possibilidade de definição dos limites e da extensão dos direitos. Quando o direito que tem existência no mundo jurídico é exercido pelo titular em toda sua plenitude, sem qualquer oposição ou violação, configurou-se o justo concreto na vida mesma do direito, sem necessidade de tutela. Nem por isso deixou de existir ação, no caso, a ação própria do direito material. Mas se o exercício do direito está obstado por qualquer motivo, fica aberto ao processo a oportunidade de traçar-lhe o alcance e os limites⁵⁸.

Maior será a legitimidade do processo para atuar na configuração do alcance e dos limites dos direitos se, desde logo, considerar-se

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco enfatiza que "*É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou "declarativa") e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do iter criativo (teoria unitária, ou "constitutiva"). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele e ainda (talvez, sobretudo) o preciso momento de inserção do sistema processual no universo jurídico.*" (A Instrumentalidade do Processo, pág. 189). Em nota que acrescenta ao texto, o autor deixa claro sua opção pela teoria dualista, embora proponha uma "relativização" do contraste entre uma teoria e outra, na tentativa de chegar tão próximo quanto possível da realidade.

⁵⁸ Cândido Rangel Dinamarco lembra que quando Carnelutti afirma que o processo existe para a justa composição da lide pressupõe que as normas jurídicas não têm aptidão para compô-la. (Ver Fundamentos do Processo Civil Moderno, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., pág. 20).

implícito no ordenamento jurídico a existência da ação de direito material que nasce na esfera do próprio direito material. A ação de direito material manifesta a força do direito de per si considerado e a necessidade intrínseca de somente estar plenamente configurado como direito no momento em que exercido pelo titular.

Vistas a ação de direito material e ação de natureza processual na dinâmica da satisfação efetiva dos direitos, é possível compreender que a própria noção de ação de direito material aproxima direito e processo e evidencia a prevalência inafastável daquele em relação a este. A noção de ação de direito material revela a natureza instrumental do processo. Ao aproximar-se do direito material, o processo, ao mesmo tempo, se afasta do formalismo conceitual a que foi submetido na modernidade. O processo volta-se para os valores da realidade fática e do ideal de justiça do caso concreto. Viabiliza-se, desse modo, a construção de tutelas diferenciadas para a garantia da posse e do direito de propriedade, de acordo com os elementos próprios do fato da posse e da situação proprietária concreta.

Não basta, porém, afirmar a existência da ação de direito material para a concretização de tutelas diferenciadas para a posse e

para o direito de propriedade, sem demonstrar os efeitos que esse postulado exerce na relação necessária que se estabelece entre ação e jurisdição.

A relativa supremacia conceitual da jurisdição no processo ocorreu com maior ênfase em relação à ação de natureza processual. Os processualistas que mais acentuaram no passado a autonomia do processo, apressaram-se em ver na jurisdição a gênese da nova orientação publicista do processo. O costume de afirmar o caráter processual da ação tornou inevitável a conclusão pela proeminência da jurisdição em relação à ação processual, que parecia dominar o processo reconhecido autônomo em relação ao direito material⁵⁹.

A noção de jurisdição não serviu apenas para sistematizar os institutos do direito processual. Ela traduziu o poder do Estado de interpretar e de aplicar o direito com força vinculativa.

⁵⁹ A relação hierárquica entre ação de natureza processual e jurisdição está presente no pensamento de Cândido Rangel Dinamarco quando ele afirma que "Observar o sistema processual a partir do instituto da ação é um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral, em continuação ao privatismo dominante durante os milênios do sincretismo hoje superado. Quando se via no processo um dos meios de exercício dos direitos, ali então era coerente acreditar que ele fosse feito para o autor e a jurisdição, exercida para a prestação de tutela a ele. Depois, já proclamada formalmente a autonomia do direito processual mas não assimilada ainda a idéia por inteiro, da visão dominante não destoava o pensamento de que a ação fosse "direito à tutela jurídica" (*Reschtsschutzanspruch*) e se situasse ao centro da constelação de institutos que compõem o direito processual." Na seqüência o autor reconhece que "Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual.", culminando por admitir a preponderância metodológica atual da jurisdição para sistematização do direito processual. (A Instrumentalidade do Processo, pág. 77 e 79).

Os efeitos da atividade jurisdicional repercutem sobre o conjunto do ordenamento jurídico e não apenas sobre os institutos de direito processual. Tem razão Cândido Rangel Dinamarco quando reconhece a necessidade de superar a visão interna ao processo dos efeitos do poder jurisdicional⁶⁰. A tutela efetiva de direitos mostra-se eficaz quando reconhecido que a atividade jurisdicional produz efeitos amplos, que transcendem a esfera do processo para interferir na configuração material dos direitos. Com esta amplitude, a jurisdição pode ser reconhecida atividade apta a dar aos direitos a eficácia material exigida pela situação fática.

A configuração material dos direitos, portanto, não deixa de ter relação com o alcance da atividade jurisdicional. Uma concepção de jurisdição restrita ao efeito declaratório não terá força para atuar sobre a essência do direito tutelado, no objetivo de conferir-lhe configuração material ampla o suficiente para dar ao titular tudo o que lhe é devido. É necessário que a atividade jurisdicional

⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco afirma que "Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade." (A Instrumentalidade do Processo, pág. 83).

traduza o poder estatal que lhe é inerente no sentido de assegurar efetividade material aos direitos⁶¹.

A jurisdição que atua para dar efetividade material aos direitos deve estar relacionada a idéia de ação de direito material. Admitido que a jurisdição também atua na configuração do direito material, referida atuação somente pode ser compreendida se reconhecido que o direito material mesmo contém ação que assegura ao titular o gozo ou o exercício efetivo do direito.

Considerada a necessidade de ver a ação de direito material e mesmo a ação de natureza processual na dinâmica da função que desempenham no ordenamento jurídico, também a relação da atividade jurisdicional com a ação, seja ela a de direito material ou a ação processual, deve ser compreendida no movimento que se realiza na direção do objetivo de satisfação material dos direitos. Não se trata na verdade de identificar a posição hierárquica da ação ou da jurisdição, uma em relação a outra, porque fazê-lo significa apenas vê-las na forma estática do conceito. A forma do conceito, entretanto, pode não conter todos os elementos indispensáveis a uma adequada compreensão

⁶¹ Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, "a crise do iluminismo terá inevitavelmente de determinar a crise de seu símbolo processual, o Processo de Conhecimento, com a recuperação das tutelas executiva e mandamental e, através delas, o resgate dos antigos interditos romanos, forma superior de tutela jurisdicional, em que o juiz, longe de ser um "poder nulo e invisível", participa, responsavelmente, da criação jurisprudencial do Direito, como de resto sempre o fez, em maior ou menor proporção." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 214).

dos institutos jurídicos. O próprio conceito é insuficiência porque parte do não-conceitual⁶². É importante compreender os conceitos de ação e de jurisdição na dinâmica que eles assumem no ordenamento jurídico.

A contraposição entre ação e jurisdição dificulta a concretização de tutelas aptas a assegurar a efetividade material dos direitos, porque pressupõe a existência de uma tensão entre o movimento que a ação realiza para a satisfação do direito que pode em determinado momento chocar-se com o poder da jurisdição. Uma contraposição teórica entre ação e jurisdição somente seria viável se mantida a premissa do caráter declaratório da jurisdição. O movimento da ação na direção da satisfação material dos direitos estaria tolhido por uma atividade jurisdicional declaratória que se limitasse a declarar o que é ou não direito, na perspectiva da lei positiva. Esta hipótese, entretanto, é insustentável porque a jurisdição é poder de declaração sim, mas é também poder de execução, de condenação, de constituição e de mandado.

A dinâmica da relação entre jurisdição e ação deve ser entendida em linha de complementaridade estabelecida no movimento que atua na

⁶² Para uma análise detalhada da relação entre conceito e não-conceitual ver Theodor Adorno, *Dialética Negativa*, e mais especificamente Marcos Nobre, *A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso*, São Paulo, Fapesp/Editora Iluminuras Ltda, 1988.

direção da satisfação material dos direitos⁶³. Trata-se na verdade de relação funcional porque caracterizada pelo movimento articulado no interior do processo de concretização de direitos.

A funcionalidade que estrutura a relação complementar entre ação e jurisdição não está determinada pela garantia de sistematicidade da ordem normativa, na linha do pensamento de Parsons⁶⁴. O caráter funcional, no caso, objetiva garantir a satisfação material dos direitos, na perspectiva dos valores da realidade fática. A validade da idéia de complementaridade funcional entre ação e jurisdição está direcionada, em última análise, para a concretização do direito materialmente justo⁶⁵.

A idéia de complementaridade funcional entre ação e jurisdição não exige que ação e jurisdição devam ser vistas sempre como partes de um todo que não pode ser compreendido pelas partes de que é composto. A funcionalidade não destrói a essência dos institutos que se mantém íntegra mesmo durante o movimento realizado para a satisfação material dos direitos. Do ponto de vista conceitual, tanto a ação

⁶³ Conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni, a ação permite realizar os fins da jurisdição. (Ver *Novas Linhas do Processo Civil*, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1999, pág. 199)

⁶⁴ Sobre as implicações entre função e institucionalização ver Talcott Parsons, Durkheim e a Teoria da Integração dos Sistemas Sociais, in Cohn, Gabriel, *Sociologia: Para Ler os Clássicos*, Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1977.

⁶⁵ Francisco Cardozo Oliveira, *A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito*, pág. 254.

quanto a jurisdição continuam a ser identificados pelos elementos que lhes são característicos. Nem a ação é absorvida pela jurisdição, nem a jurisdição dissolve-se com a existência ação, seja ela de direito material ou de natureza processual. O movimento de uma na direção da satisfação material do direito complementa o da outra. Não há superposição. Há complementação na função precípua de assegurar tutela efetiva aos direitos.

A complementação necessária entre ação e jurisdição, que leva em conta a existência da ação de direito material, constitui fundamento indispensável para a construção de tutelas de direitos, posto que confere relevância ao direito material. Ao mesmo tempo, permite que o processo, no movimento que realiza na direção da satisfação material dos direitos, seja capaz de assimilar um certo *iter* criativo decorrente do trabalho interpretativo inspirado por uma racionalidade hermenêutica renovada^{66 67}.

⁶⁶ Nesse sentido, Ovídio A. Baptista Silva cita Giuseppe Zaccaria para quem "é precisamente su questo piano che l'oggettivo moltiplicarsi delle incertezze della legge, e degli spazi discrezionali da essa aperti, trasferisce ai giudici il potere di creare nuovo diritto o di modificare quele esistente. Posto di fronte ad un contesto in cui nuove situazioni economiche, politiche, sociali hanno determinato in Occidente un innegabile aumento dei poteri del giudice e un conseguente ampliarsi dei margini creativo-integrativi dell'interpretazione giudiziale, il giurista ritiene, una volta di più, che la riflessione sul metodo (anche nelle forme di una critica dei metodi) possa offrirgli la chiave esplicativa per venire a capo di due problematiche tra loro indisciungibilmente connesse: quella di politica del diritto, del ruolo e dell'autoimmagine del giurista, e quella, di teoria del diritto, della produzione giurisprudenziale di diritto." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, Padova, Cedam, 1990, pag. 5/6). Ver também Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, pág. 213).

⁶⁷ Plauto Faraco de Azevedo também ressalta o papel acentuadamente criativo da função jurisdicional que deve atender às exigências econômicas, políticas e sociais de cada época. (Ver *Aplicação do Direito e Contexto Social*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1996, pág. 157).

A complementaridade funcional entre ação e jurisdição mostra-se útil na construção de tutelas para a posse e para o direito de propriedade, onde o fato da posse e a situação proprietária concreta estão marcados por profundas diferenciações resultantes do confronto de valores na dinâmica das relações sociais e de produção.

CAPÍTULO VII

A Relação entre Processo e Direitos

Seção 18

O Problema da Autonomia entre Direito e Processo

A reaproximação entre os campos do direito material e do processo coloca a necessidade de situar o problema da autonomia entre um e outro, na perspectiva de uma nova configuração do ordenamento jurídico, voltada para a garantia de satisfação material dos direitos.

A defesa da autonomia do processo em relação ao direito material consolidou-se com a polêmica em torno do conceito de ação que resultou na formulação de um conceito de ação abstrato, sem ligação direta com o direito material tutelado. O conceito abstrato de ação serviu também para estabelecer os pressupostos da ciência do direito processual moderno¹.

¹ De Acordo com Cândido Rangel Dinamarco "Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método. Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, nas investigações em torno do conceito da ação, permitindo chegar até à afirmação de seu caráter abstrato, o que constitui o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia. Além disso, permitiu também toda a exploração desse campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que é o dos fatos e situações jurídicas do processo: surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece." (A Instrumentalidade do Processo, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pág. 18/19).

O pressuposto fundamental da autonomia do direito processual em relação ao direito material está na afirmação do direito processual como ciência, dotada de método e de institutos próprios. A demonstração da natureza científica do direito processual dependia da identificação de institutos que fossem capazes de situar o processo fora da esfera do direito material e de, ao mesmo tempo, possibilitar a construção dos seus fundamentos teóricos, sem a necessidade de recorrer a institutos jurídicos próprios do direito material. O problema da autonomia do processo em relação ao direito material, desse modo, confundiu-se com a formulação do conceito de ação².

O esforço teórico de construção de uma ciência processual é resultado dos efeitos que a filosofia racionalista produziu no direito. O arcabouço conceitual conferido aos institutos jurídicos permitiu a consolidação de uma concepção formal do direito que

² Riccardo Orestano afirma que "lo sviluppo della scienza processuale portò a parlare sempre più insistentemente di una "autonomia" dell'azione rispetto al diritto sostanziale, tanto che pochi ormai ne dubitano. Le dispute però si son subito trasferite su un altro piano. Ammesso infatti che l'azione sia da considerarsi un diritto autonomo si è tornati a discutire se questo diritto sia concreto od astratto." E continua "La concretezza è affermata da tutti coloro che fanno dipendere il diritto d'agire dall'esistenza del diritto affermato, ritenendo che esso spetti solo a chi abbia effettivamente ragione nel campo del diritto sostanziale e miri ad ottenere una decisione favorevole (dal WACH al LABAND, dal CHIOVENDA al CALAMANDREI e con varietà di formulazioni da tantissimi altri). L'astrattezza è invece sostenuta da tutti coloro che, sulla scia di alcune osservazioni dell'HASSE e del MUTHER, ritengono che il diritto d'agire astragga dall'effettiva esistenza della situazione giuridica affermata e spetti a chiunque creda in buona fede, o anche semplicemente manifesti l'opinione, anche non sincera, di avere un diritto (BULLOW, PLÓSZ, DEGENKOLB, GIERKE)." (Azione, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, vol. IV, pág. 799/800).

ignorou a complexidade da situação fática que lhe incumbia regular³.

O processo de conceitos ideais e abstratos desobrigou-se do compromisso com as necessidades de tutelas concretas para os direitos⁴. Não interessava ao Estado comprometido com a neutralidade técnica no exercício do poder e com o processo de reprodução e de acumulação do capital dotar o processo de instrumental técnico que pudesse conferir efetividade aos direitos e, por esse meio, potencializar as demandas sociais pela extensão dos benefícios propiciados pelo desenvolvimento econômico.

Um processo fundado na abstração conceitual favorece a acumulação de capital na medida em que delimita de maneira formal o campo de eficácia dos direitos. Facilita o implemento de políticas econômicas incentivadoras do livre mercado, ao mesmo

³ A respeito da consolidação entre os juristas da necessidade da construção de uma ciência do processo, Ovídio A. Baptista da Silva, depois de analisar os diversos fatores que conduziram a esse desfecho, assinala que "o que realmente interessa, na análise que empreendemos, ao destacar a influência das filosofias liberais, dominantes a partir do século XVII, particularmente a verdadeira cristalização histórica do modelo do *ordo iudiciorum privatorum romano*, com sua correspondente decorrência lógica da *actio* e da ação condenatória, é mostrar como a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta, como desejavam, justamente, os filósofos racionalistas que forjaram o mundo moderno. Como se viu (*supra*, letras b e d), somente o procedimento ordinário é capaz de assegurar a neutralidade do juiz, obrigando-o a julgar somente depois de haver adquirido convencimento definitivo, através da análise exaustiva da prova. Esta ideologia é responsável pela irresistível tendência, a que estão expostos os processualistas, de privilegiar sempre demandas plenárias, com supressão das formas sumárias de tutela processual, independentemente do elevado custo social que esta opção possa provocar." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, pág. 132).

⁴ Luiz Guilherme Marinoni lembra que "a fase autonomista do processo, preocupada exclusivamente em firmar as bases do "direito processual civil", permitiu que o processo se distanciasse perigosamente da realidade social e do direito material, o que acabou por influir no rendimento do próprio "processo" como instrumento destinado a permitir a atuação da vontade concreta do direito." (Tutela Inibitória - Individual e Coletiva, São Paulo, Editor Revista dos Tribunais Ltda, 1998, pág. 388).

tempo em que dificulta a consolidação de direitos numa realidade de desigualdades provocadas pela distribuição da riqueza produzida. A ênfase científica imprimida ao processo coincidiu com o apogeu da acumulação de capital ocorrida no século XIX⁵.

A abstração conceitual é adaptável a qualquer conteúdo. Permite justificar a emergência e a consolidação dos mais variados modelos econômicos e políticos⁶. Ao processo de conceitos puros, portanto, não interessa investigar o conteúdo material dos direitos a serem tutelados. Interessa antes assegurar a sistematização formal do ordenamento jurídico concebido como ordem neutra que ignora a dinâmica por vezes contraditória da realidade histórica. A abstração

⁵ Luiz Gonzaga Beluzzo enfatiza que o padrão-ouro clássico foi a organização monetária do apogeu da ordem liberal burguesa, no final do século XIX e que, segundo ele, "Se apresentava como a forma "adequada" de coordenação do arranjo internacional que supunha a coexistência de forças contraditórias: 1) a consolidação da hegemonia financeira inglesa, exercida através de *acceptances houses* e dos bancos de depósitos; 2) a exacerbação da concorrência entre a Inglaterra e as "novas" economias industriais dos trustes e da grande corporação, nascidos na Europa e nos Estados Unidos; 3) a exclusão das massas trabalhadoras do processo político (inexistência do sufrágio universal); e 4) a constituição de uma periferia "funcional", fonte produtora de alimentos, matérias-primas e, sobretudo, fronteira de expansão dos sistemas de crédito dos países centrais. A combinação desses fatores levou a um prolongado declínio dos preços - A Grande Depressão do período 1873/1896 - e, ao mesmo tempo, a uma notável expansão do comércio e da produção. Na passagem do Oitocentos para o Novecentos, o auge do comércio internacional expressou-se no crescimento espetacular do volume e do valor das exportações mundiais, bem como na diversificação das mercadorias envolvidas no intercâmbio "global" e na incorporação de novas áreas periféricas, especializadas na produção de alimentos e matérias-primas. Esse auge foi impulsionado, no centro, por importantes inovações nos métodos de produção e pelo surgimento de novos produtos, acompanhados de significativas alterações nas escalas de produção. Essas transformações foram amparadas por uma forte expansão das transações financeiras internacionais, o que engendrou um intenso processo de concentração bancária na Inglaterra e, ao mesmo tempo, suscitou o aparecimento de novos centros financeiros dispostos a concorrer com Londres. Arrighi aponta corretamente para a intensificação da concorrência - entre os sistemas empresariais e financeiros da industrialização originária e aqueles recém-constituídos sob a forma monopolista - como o fator capaz de explicar a aparente contradição, apontada por alguns estudiosos, entre a deflação prolongada de preços e a rápida acumulação de capital. (Finança Global e Ciclos de Expansão, in *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 1999, pág. 92).

⁶ Riccardo Orestano afirma que, na Alemanha, a ideologia nacional-socialista refletiu-se no processo através da progressiva abstração conceitual que reduziu a tutela jurídica a mera expectativa de direitos conferidos aos cidadãos. (Ver *Azione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, pág. 806).

conceitual mantém o ordenamento jurídico distanciado da realidade concreta dos conflitos. A missão do processo que se constitui de conceitos puros é tutelar direitos abstratos de conteúdos manipuláveis no interesse da consolidação de uma determinada ordem jurídica que possa ser reconhecida, senão justa, pelo menos válida.

A observância do princípio de justiça material escapa ao formalismo do processo de conceitos abstratos, pretensamente autônomo em relação ao direito material. Para o processo de conceitos abstratos, o justo se confunde com a validade formal dos institutos jurídicos. Permitir-se que o processo possa tutelar valorativamente os direitos contraria o postulado da neutralidade técnica incorporado pelo Estado liberal.

Para o liberalismo econômico, a ordem jurídica afastada da complexidade dos valores, sujeita apenas ao princípio de neutralidade técnica, a exemplo do que deveria ocorrer com a economia, estaria apta a resguardar o primado da segurança jurídica e da paz social, porque refletiria a ausência formal de antagonismos e de conflitos sociais. Na realidade concreta seria difícil manter a paz e a segurança em virtude do caráter hostil do processo de acumulação do

capital e de distribuição desigual dos benefícios do desenvolvimento econômico⁷.

A defesa da autonomia entre direito e processo não incorporou apenas elementos de natureza técnico-científica, mas teve na sua formulação elementos de natureza filosófica, econômica e político-ideológica. Desse modo, a busca de uma justificação estritamente científica para o princípio da autonomia tende a mostrar-se infrutífera e ambígua nos resultados, o que não implica reconhecer desnecessária a tarefa de demonstrar a fragilidade do arcabouço teórico construído em torno da idéia de separação entre direito e processo.

⁷ Ovídio A. Baptista da Silva escreve que "As vertentes filosóficas do positivismo jurídico revelam o programa do liberalismo, em sua luta contra o absolutismo, esperando criar um Estado onde fosse possível a convivência harmônica de culturas e crenças religiosas antagônicas, enfim, a criação de um Estado neutro quanto a valores. Como diz Ewald (François Ewald) a profunda instabilidade e insegurança que caracterizaram a história européia, no alvorecer da Idade Moderna, criaram uma conjuntura marcada por dois elementos: o desaparecimento do modelo imperial e, portanto, da idéia de bem comum, como anseio de toda a humanidade internacional; e por outro lado o conflito de valores, expresso de modo radical sob a forma de uma oposição entre crenças religiosas (p. 177). Daí, indagar o filósofo: "Como encontrar, em tal conjuntura, a possibilidade de uma unidade? A solução foi, então, precisamente, o direito: a paz através do direito. Se já não era possível o entendimento acerca da definição do bem comum, acerca da formulação da moral universal, era, pelo contrário, possível tirar da própria noção de sociedade, princípios de pura razão que, apesar de tudo, haveriam de permitir um acordo. Não façam a outrem... era um desses princípios, assim como este outro: *Pacta sunt servanda*. O direito, o universal era assim uma questão de pura lógica, de pura razão; o direito encontrava-se radicalmente separado da moral (factor necessário da divisão) e nunca enunciava senão uma forma, a forma do universal. Deste modo, o direito, a razão pura podiam fornecer o princípio de uma coexistência das liberdades, do qual se podia pensar que tinha, tal como a razão, valor universal. Este direito nunca podia enunciar um objetivo ou uma finalidade, mas a condição de uma coexistência dos fins e das vontades, sempre supostos divergentes... Uma das conseqüências desta doutrina é que não há objeto justo e que a justiça está ligada à validade dos consentimentos" (op. et loc. cit.). Este direito apenas formal, fruto do liberalismo, como observa Ewald, terá de ser formulado sempre sob forma negativa, como regra limitadora da ação humana, posto que não lhe cabe indicar, entre "vontades divergentes", o caminho ou a conduta recomendável, de modo que a fórmula de Kant terá de expressar, sob forma universal negativa, o dever de não prejudicar a outrem, como princípio da moral universal, nunca impor aos outros "aquilo que desejamos que os outros nos façam". Isto seria obrigar o direito a tomar partido entre "vontades divergentes" ultrapassando os estritos limites marcados ao direito positivo (p. 187). (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 193/194).

Do ponto de vista científico a autonomia não se sustenta porque o processo não pode ser concebido como um fim em si mesmo. O processo adquire sentido na medida em que orientado para a tutela do direito material.

Conceber a autonomia do processo a partir da natureza processual da ação se revela visão parcial e distorcida do fenômeno jurídico, posto que antes da ação processual existe a ação de direito material inerente a vida do próprio direito material. A concepção abstrata da ação⁸, que em tese poderia sustentar a separação radical e definitiva entre direito e processo, apoiada na premissa da existência de um direito à prestação jurisdicional por parte do Estado, sem qualquer relação com o direito material, é frágil porque não se propõe ação que não tenha por objetivo tutelar direitos. A relação jurídica processual não cria obrigações que digam respeito apenas ao processo, nem o desfecho da demanda processual está relacionada a uma suposta lide de

⁸ Em relação a teoria abstrata da ação, segundo Chiovenda, Degenkolb afirma que "debe encontrarse a la doctrina procesal una base autónoma, objetiva, imparcial. WINDSCHEID ha llevado al extremo la concepción civilística de la acción; BULOW ha construido una doctrina procesal autónoma, pero, dejada la actio al derecho privado, aparece incierta su base. Debe encontrarse una base común a la acción victoriosa y a la no victoriosa. Ahora bien, entre el derecho y la sentencia no corre una relación segura: puede vencer quien no tenía derecho, y perder quien lo tenía. Lo que es constante en toda litis es la obligación del demandado de participar en la litis: cualquiera tiene, pues, el poder de llevar a otro ante el juez. Este es el derecho de accionar: pero el mismo no es más que un derecho privado. Y su fundamento es la misma personalidad, porque con esta se da la conciencia del derecho; es, pues, la aspiración al derecho, el derecho al derecho, respecto a lo cual la existencia efectiva del derecho privado es meramente accidental"... "Lo que el actor pide inmediatamente en el proceso no es tanto la actuación de un derecho, cuanto la garantía del valor jurídico de su conciencia jurídica." (In La Acción en el Sistema de Los Derechos, Giuseppe Chiovenda, Bogotá, Editorial Temis S/A, 1986, pág. 100).

natureza processual. O que a teoria abstrata da ação faz, como de resto a noção da existência de ação exclusivamente processual, é reputar incerta, por meio da abstração que a caracteriza, a existência do direito. O problema da existência ou não do direito material, todavia, diz respeito a vida do direito e não do processo. A teoria abstrata da ação, portanto, não explica de forma adequada a autonomia entre direito e processo.

A teoria concreta da ação, por sua vez, não serve para sustentar a autonomia entre direito e processo na medida em que reconhece que a ação compete a quem é titular de direitos. O ser titular de direitos refere-se ao âmbito do direito material.

A posição intermediária da teoria eclética da ação não resolve o problema do fundamento da autonomia entre direito e processo, pois o exame das chamadas condições da ação⁹ ocorre na perspectiva dos elementos integrantes do direito material a ser tutelado.

O conceito de jurisdição, desde que reconhecido poder do Estado de interpretar e aplicar o direito, também não pode ser invocado para sustentar a autonomia entre direito e processo porque a atividade jurisdicional se volta primordialmente para assegurar

tutela a direitos não estando sua órbita de atuação restrita ao processo.

O fundamento do processo está no fato de assegurar satisfação material aos direitos. A existência do processo está atrelada ao direito material¹⁰. Através da relação indissociável entre direito e processo é que o caráter instrumental do processo adquire sentido. A pretensa autonomia entre direito e processo resulta de equívoco teórico. A defesa da autonomia justifica-se mais por razões econômicas e políticas de restringir a efetividade material dos direitos do que por razões de ordem técnica ou científica¹¹.

O caráter instrumental do processo e a inexistência de separação radical entre direito e processo ressalta a importância da idéia de ação de direito material, que permite a construção de tutelas que tenham por objetivo assegurar a satisfação material dos direitos.

⁹ Ver Enrico Túllio Liebman, Manual de Direito Processual Civil I, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, pág. 153 e seguintes.

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni ressalta que o objetivo do processo é tornar efetivo o direito material. (Ver Novas Linhas do Processo Civil, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1999, pág. 206).

¹¹ Ovídio A. Baptista da Silva escreve que a defesa da autonomia entre direito e processo decorreu de duplo equívoco. Um deles seria o de tentar transportar para o processo o conceito de ação de direito material através do conceito romano de *actio*. O outro foi sustentar a hipótese da separação radical entre direito e processo fazendo a existência do direito depender do processo. Segundo o autor, "*Somente agora, passados mais de um século, é que os juristas procuram restabelecer o elo perdido entre processo e direito material, seja para resgatar o princípio da instrumentalidade do processo; seja, a partir desta idéia fundamental, para investigar os instrumentos de tutela processual, de modo que o direito material se liberte da servidão a que fora submetido pela "ciência" processual.*" (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 166, 171/172).

O processo inspirado no princípio da instrumentalidade está capacitado a assimilar toda a complexidade de valores integrantes do fato da posse e da situação proprietária concreta. Facilita também a construção de tutelas diferenciadas que, ao invés de negar a existência da posse e do direito de propriedade, possam ampliar-lhes o alcance e a extensão. No caso do Brasil, o caráter instrumental do processo pode contribuir para a concretização do princípio fundamental de garantia da dignidade da pessoa humana¹², na medida em que tornar efetiva a satisfação de direitos outorgados pelo ordenamento jurídico.

A defesa da relação necessária entre direito e processo não equivale a admitir que o processo deva ser absorvido pelo direito material¹³. O processo continua a sistematizar institutos processuais na esfera que lhe é própria. Não deve ignorar, todavia, a natureza instrumental dos institutos processuais que necessitam assegurar a efetividade do direito material. Também não pode negar a existência de um certo *iter* criativo, inerente à atividade

¹² Constituição Brasileira de 1988, artigo 1.º, inciso III.

¹³ É necessário atentar para a advertência de Pontes de Miranda de que "o jurista de direito material é um homem que ingenuamente crê em que as sentenças serão, todas, justas, em que a aplicação corresponde sempre, em toda a sua extensão, à incidência. Mas essa ingenuidade ele a herda do legislador do direito material - essa ingenuidade não tem o legislador do direito processual, que legisla já ciente da discórdia e da imperfeição humanas. A velha antinomia do abstrato e do concreto, da irracionalidade irreduzível, do contínuo e do descontínuo, da lei e da vida." (Tratado das Ações, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, Tomo I, pág. 208).

concretizadora, que tenha como relevante lidar com a complexidade dos valores do caso concreto.

Seção 19

Pressupostos da Idéia de Tutela de Direitos

O malogro das premissas da autonomia entre direito e processo, tornou possível recuperar os fundamentos do processo de modo a superar os limites da proposta de tutela formal de direitos. Com o esgotamento dos postulados da autonomia, voltam-se agora os processualistas para a revalorização da finalidade essencial do processo de tutela efetiva dos direitos.

Já não é mais o direito material que necessita adaptar-se às formas do processo e aos meios formais de tutelas. É o processo que deve adaptar-se à complexidade do direito material para assegurar-lhe efetividade. Nos dias atuais, não tem sentido defender fórmulas de tutelas universais como se os direitos assumissem na realidade fática, impregnada de valores contraditórios, uma determinada uniformidade reconhecível pelo intérprete e pelo próprio ordenamento jurídico. A realidade é mais complexa do que o pressuposto pelo pensamento formal-positivista. A configuração material dos direitos exige formas de

tutelas diferenciadas que possam assegurar-lhes efetividade.

No processo comprometido com a tutela efetiva dos direitos restringe-se o espaço do procedimento ordinário, que tem como pressuposto a uniformidade de tutelas e a busca de uma verdade ontológica dos fatos e da justiça. O procedimento ordinário esteve ligado à idéia da existência de uma ação abstrata e indiferenciada e com a construção de tutelas uniformes, sem força para interferir na realidade concreta¹⁴. Em certo sentido, o procedimento ordinário está endereçado a uma realidade social e política autoritária, que não está disposta a conferir tutela material aos direitos¹⁵.

O procedimento ordinário contempla em essência uma contradição. Ao mesmo tempo em que objetiva a busca da verdade, restringe-se a produzir tutelas formais, sem relação imediata com a vida dos

¹⁴ Ovídio A. Baptista da Silva escreve que "Na verdade, a teorização sobre o conceito de "ação" processual escondeu sempre a proposição ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a universalização do procedimento ordinário, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna; ao mesmo tempo em que - com um único golpe - derrotava-se o outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam os processos sumários, tidos por CHIOVENDA como incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna (*Saggi di diritto processuale civile*, II/267). Se a "ação" é uma e abstrata, então não haveria razão para continuar a repetir os "equivocos" cometidos pelos velhos praxistas quando estes procuravam distinguir e classificar as inúmeras espécies de ações. Todas as classificações que se fizessem a respeito das ações não teriam qualquer interesse para o processualista, uma vez que, qualquer que fosse a pretensão de direito material, o veículo processual correspondente haveria de ser a única "ação" existente, rigorosamente formal e abstrata, correspondente ao procedimento ordinário, desde que, demonstrada que a "ação" era uma, não mais se justificava a insistência com a categoria das "ações especiais." (*Curso de Processo Civil*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, vol. I., 1991, pág. 96/97).

¹⁵ Convém observar que, no Brasil, o apogeu das teorias abstratas da ação ocorreu nos anos sessenta e setenta, culminando com a introdução do procedimento ordinário no ordenamento jurídico brasileiro através do Código de Processo Civil de 1973, época em que o país vivia sob o regime militar que tomou o poder com a Revolução de 1964.

direitos¹⁶. Nega-se duplamente a efetividade dos direitos porque a busca da verdade torna o desfecho do processo incerto e demorado e, quando concluído o procedimento, a tutela que produz é limitada, seja porque a essência do direito já não se configura mais na realidade, seja porque se reconheceu a existência do direito apenas no que lhe é superficial, colhido rente a positividade da lei.

A preocupação do procedimento ordinário com a busca da verdade burocratiza processo. O processo que está orientado para a busca de uma verdade última dos fatos não é compatível com qualquer espécie de tutela sumária ou provisória que possa atuar de forma imediata, no momento em que o direito reclama proteção. A importância atribuída a demonstração da verdade no processo privilegia a parte que dispõe de meios e de recursos para arcar com os custos da

¹⁶ Para Ovídio A. Baptista da Silva, "A ideologia da ordinariedade, consagrada através do Processo de Conhecimento, assenta-se no falso pressuposto - que constituíra o sonho de Leibniz - de que moral e o direito sejam tão demonstráveis como qualquer teorema matemático; e que a norma jurídica, fruto de um legislador iluminado, sendo por isso tão compreensivelmente clara, haveria de ter, invariavelmente, sentido unívoco, e a sentença, sendo produto de um juízo de certeza, teria de representar a única solução correta. Ora, uma tal concepção do fenômeno jurídico, já seriamente questionada a partir do início de nosso século, tornou-se, nos últimos cinquenta anos, precisamente na segunda metade do século XX, desenganadamente anacrônica. Mesmo Kelsen, para quem a justiça não passa de uma simples ilusão, posto que a interpretação jurídica deve limitar-se exclusivamente a descobrir a única solução correta, ou seja "ajustada", dentro da "moldura da norma", mesmo Kelsen que, como se sabe, é a maior expressão do normativismo moderno, pressupõe que a norma jurídica admita várias interpretações todas elas permitidas e legítimas. Diz o jurista: "...a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito...A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a "justiça" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura-se o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de classificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse de pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade..."(Teoria pura do

produção de provas complexas, pode evitar os prejuízos da demora na solução litígio e que, na maioria das vezes, não necessita de tutela protetiva de direitos.

A marcha processual demorada exigida pelo procedimento ordinário, ao contrário do pressuposto pela *ordinariedade*, conduz à incerteza e à insegurança jurídica. A dúvida que o procedimento ordinário cria em relação a existência ou não do direito é a única certeza que pode ser apurada pelo processo de conceitos puros, teoricamente autônomo em relação ao direito material. A incerteza característica do procedimento ordinário não chega a surpreender, se se tiver em conta que uma certa dúvida em torno da existência dos direitos, além de aceita pela premissa de autonomia do processo¹⁷, está de acordo com uma prática democrática de caráter formal.

Os limites do procedimento ordinário e do processo de tutelas uniformes e universais, coloca a necessidade imediata de recuperação para o processo do primado de tutelas diferenciadas e sumárias, capazes de garantir efetividade material aos direitos.

É essencial reconhecer a relação entre direito e processo que se expressa no princípio

direito, 3.ª ed., port. Coimbra, 1974, p. 467).” (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 197/198).

¹⁷ A esse respeito, ver o conceito de ação de Dengelkob (in Giuseppe Chiovenda, *La Acción en el Sistema de Los Derechos*, pág. 100).

da instrumentalidade. A natureza instrumental do processo não pode restringir-se, todavia, a simples admissão de que a ação, outrora de natureza abstrata, assumiu na atualidade a feição de ação como direito a tutela¹⁸, que continua a prestigiar uma concepção de ação que, mesmo não estando inserida no contexto do processo, não perdeu a essência processual que a caracteriza. Também não pode a instrumentalidade emergir do vácuo do conceitualismo sem contornos materiais definidos e identificáveis¹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento do princípio da instrumentalidade, que liga o processo ao direito material, pode ser identificado a partir do contido nos incisos XXXIV e XXXV, do artigo 5.º, da Constituição Brasileira de 1988, que tratam do direito de petição, desde que admitido que a norma constitucional não contém apenas o

¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni reconhece que "o esgotamento da linha de análise tradicional levou o processualista a procurar no plano constitucional os valores que, iluminando a legislação infraconstitucional, poderiam permitir uma interpretação capaz de dar ao processo uma verdadeira função instrumental. O direito de ação, antes visto como o simples direito de ir a juízo, passa a ser compreendido como o direito à adequada tutela jurisdicional." (Tutela Inibitória Individual e Coletiva, pág. 317 e seguintes e 390/391).

¹⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, apesar de reconhecer a natureza instrumental do processo, continua a defender a validade da concepção abstrata de ação. Diz ele que "Afirmou-se no início que a premissa fundamental das idéias aqui apresentadas consiste na aproximação dos fenômenos processual e substancial, relativizando esse binômio e dando ênfase ao aspecto instrumental do processo. Para tanto, desenvolveu-se a noção de tutela jurisdicional, que constitui método pelo qual o direito processual é estudado a partir das situações de direito material. Resta saber se essa noção não se choca com a teoria abstrata da ação. Penso que não. O próprio idealizador da teoria sobre as condições da ação, para quem esse direito é abstrato, não rejeitava a idéia de tutela. Conforme já afirmado, tutela jurisdicional relaciona-se diretamente com o direito material. Melhor explicando: tutela jurisdicional nada mais é do que a efetiva proteção que a função jurisdicional confere àquele cuja situação da vida encontra-se amparada pelo direito substancial. Assim, se o autor tiver efetivamente razão, o provimento judicial lhe será favorável. Em consequência, seu direito obterá a garantia jurisdicional. Caso, todavia, não consiga demonstrar que a situação fática descrita corresponde a uma previsão abstrata feita pelo legislador, o alegado direito não será reconhecido." (Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo, 2.ª ed., Malheiros Editores Ltda., 1997, pág. 76).

direito de pedir a tutela jurisdicional²⁰, mas traz no seu conteúdo o que deve ser essencial para a concretização do ideal de justiça que tutela, que é o poder que brota das entranhas do próprio direito material e que possibilita ao titular exigir em juízo ou fora dele tudo o que lhe é devido. O direito a tutela ainda não é o que torna efetivo o direito material. O que garante efetividade ao direito é a satisfação plena para o titular, que é alcançada também mediante a tutela jurisdicional²¹. A tutela é instrumento. O direito contém exigibilidade que cessa somente com a satisfação efetiva²².

²⁰ Sobre o tema, ver as conclusões firmadas por Luigi Paolo Comoglio, *Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela Nell'Ottica della Domanda Giudiziale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Aprile-Giugno 1993, N. 2, pág. 465 e seguintes. Para a crítica a posição de Comoglio, ver Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, pág. 177 e 178.

²¹ Luiz Guilherme Marinoni afirma que a tutela jurisdicional difere da tutela material porque "A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material." Ao passo que a tutela material "somente é prestada quando o juiz reconhece a existência do direito afirmado pelo autor." (*Tutela Inibitória - Individual e coletiva*, pág. 400). A classificação proposta parece ter entre seus objetivos o de explicar a existência da sentença desfavorável ao autor, que significaria a inviabilidade da satisfação material do direito frustrando a expectativa estabelecida com a propositura da demanda. A sentença desfavorável atesta apenas que o direito afirmado na inicial não é legítimo ou não existe (neste sentido ver Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol I, pág. 69), sendo necessário para essa constatação a atuação do processo, circunstância que, entretanto, no mundo dos fatos, não altera a essência das tutelas de sempre objetivar a satisfação material dos direitos.

Sobre o conceito de tutela jurisdicional Cândido Rangel Dinamarco escreve que "A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juizes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas." (*Tutela Jurisdicional*, in *Revista Forense*, vol. 334, ano 92, Abril, Maio e Junho de 1996, pág. 19 e seguintes).

²² De acordo com Ovídio A. Baptista da Silva, "A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o "pronunciamento" da sentença que compõe o litígio - que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental - senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência real do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência, decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder "ação" no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, e, pois, não tenha pretensão e nem ação. Não se deve, pois, confundir, no plano do direito processual, ou pré-processual, o direito de acesso aos tribunais com o exercício desse direito,

No plano da relação estrita entre direito e processo, o fundamento do princípio da instrumentalidade reside na admissão da existência da ação de direito material que surge da exigibilidade nascida no âmbito do próprio direito material²³. O que determina o alcance e a extensão da tutela não é o processo, mas a configuração do direito material. A natureza da tutela, portanto, diz respeito ao conteúdo do direito material a que o processo deve assegurar efetividade²⁴. O fato de a natureza da tutela depender do conteúdo do direito material é o que, em última análise, está na essência do fundamento do princípio da instrumentalidade.

O processo orientado pelo princípio da instrumentalidade reassume a tarefa de viabilizar a concretização material dos direitos integrantes da ordem jurídica e já não se limita a meio de acesso aos tribunais e de provocação da atividade jurisdicional.

A partir dos objetivos finalísticos tutelados na Constituição, o processo deve estar voltado para a tarefa básica de concretizar

que é a "ação" processual. O direito é status, a ação é exercício de um direito preexistente. Ou é puro arbítrio, e violência ilegítima." (Curso de Processo Civil, vol. I, pág. 69).

²³ Através da distinção entre tutela material e tutela jurisdicional, Luiz Guilherme Marinoni defende que "a ação de direito material, diante da proibição da autotutela, deve ser realizada através da tutela jurisdicional." (Tutela Inibitória - Individual e Coletiva, pág. 406).

²⁴ Para Luiz Guilherme Marinoni o conceito de tutela estaria "no entrelaçamento da sentença e, portanto, do processo, com as normas de direito material." (Tutela Inibitória - Individual e Coletiva, pág. 399).

direitos e de viabilizar na realidade fática os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Configura-se, desse modo, para o processo, um ideal de justiça a ser concretizado. Não é suficiente para o processo comprometido com a tutela efetiva de direitos perseguir o objetivo de justiça que se afirma no interior de cada demanda proposta, de certo modo fragmentada, sem relação direta com a ordem de valores tutelada pelo ordenamento jurídico. A justiça da decisão produzida na demanda concretamente posta em juízo precisa estar articulada com o ideal de justiça que o próprio ordenamento pretende tornar efetivo. Não basta que a tutela produzida no processo seja tecnicamente perfeita. A tutela deve ser tecnicamente perfeita, na medida do possível e do desejável, mas, acima de tudo, à luz dos valores da realidade fática e da ordem normativa constitucional, deve ser justa.

A tutela será tanto mais justa quanto maior for a capacidade do processo de materializar os princípios fundamentais da ordem constitucional em que está inserido. Para dar efetividade material aos direitos e concretizar o ideal de justiça integrante da ordem jurídica, o processo precisa admitir como relevante que a tutela de direitos não se restringe a atividade declarativa e de

preservação dos postulados do positivismo legalista. O direito a ser tutelado constitui-se no movimento necessário que o processo deve realizar para alcançar o ideal do justo concreto. Daí a necessidade de o processo abrir espaço para um certo *iter* criativo, afinado com o compreender hermenêutico, que incorpora os valores ao direito a ser tutelado²⁵.

Coloca-se ainda para o processo o objetivo finalístico de pacificar os conflitos e de manter a paz social. Não se trata de pacificar o conflito que surge no bojo do processo de uma determinada demanda concretamente considerada²⁶. Trata-se de assegurar a paz social por meio da homogeneização alcançada pela efetividade dos direitos que pressupõe uma certa igualdade na distribuição dos bens e da riqueza socialmente produzidos. O processo cumpre a finalidade que para ele se coloca de garantir a paz social, na realidade social e jurídica brasileira, quando assegura a concretização de direitos capazes de reduzir desigualdades sociais, contribuir para o

²⁵ Esse *iter*, segundo Cândido Rangel Dinamarco, "está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à "vontade concreta da lei", ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame." (A Instrumentalidade do Processo, pág. 42).

²⁶ Cândido Rangel Dinamarco fala da missão pacificadora do processo traduzida na eliminação dos conflitos mediante critérios justos. (A Instrumentalidade do Processo, pág. 161).

desenvolvimento social e econômico e promover o bem-estar de todos²⁷.

Com a emergência do neoliberalismo, o processo pode impedir a revitalização da racionalidade restritiva do alcance e da extensão dos direitos, nos moldes do que ocorreu no final do século XIX, por ocasião do apogeu da prática liberal e da acumulação de capital decorrente do processo de globalização financeira²⁸.

O processo finalisticamente comprometido com a concretização dos princípios fundamentais tutelados na Constituição Brasileira de 1988 está em sintonia com o propósito de construção de tutelas capazes de assimilar a complexidade de valores coenvolvidos na efetividade material da posse e do direito de propriedade.

²⁷ Dispõe o artigo 3º da Constituição Brasileira de 1988 que "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

²⁸ Para uma análise da globalização financeira no século XIX ver Luiz Gonzaga Beluzzo, *Finança Global e Ciclos de Expansão*, in *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 1999, pág. 87 e seguintes.

Seção 20

Tutelas: Técnicas e Efetividade

A tarefa do processo de assegurar efetividade material aos direitos, apoiado no princípio da instrumentalidade e direcionado pela finalidade de materialização dos princípios fundamentais tutelados na Constituição, exige a utilização de técnicas de tutelas capazes de reconhecer e concretizar o direito material em toda a sua extensão e alcance.

O objetivo de assegurar satisfação material aos direitos exige do processo capacidade de adaptação às necessidades de concretização do direito material. A substância do direito material prevalece sobre a forma do processo²⁹.

As tutelas capazes de conferir efetividade aos direitos precisam amoldar-se a estrutura do direito material a ser tutelado. Não se trata de simples flexibilização do sistema processual,

²⁹ José Roberto dos Santos Bedaque reconhece que a técnica de tutelas se orienta pelo princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa ou princípio do elasticidade que segundo ele "Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo." (Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo, pág. 51/52).

como defendido por José Roberto dos Santos Bedaque³⁰ e Luigi Paolo Comoglio³¹. Trata-se de reconhecer que o processo deve sujeitar-se às necessidades impostas pelo primado da efetividade, medida na perspectiva de concretização do direito material que reclama tutela.

O modelo de tutela ordinária, concebida para a generalidade dos casos, não é mais suficiente para conferir efetividade aos direitos.

Para atender às necessidades do primado da efetividade, as tutelas devem assumir formas diferenciadas, onde a diferenciação deve estar atrelada ao objetivo de assegurar o máximo de satisfatividade aos direitos. A idéia de tutelas diferenciadas está de acordo com o princípio da instrumentalidade que reconhece a supremacia do direito material em relação ao processo³².

³⁰ A flexibilização do sistema processual para José Roberto dos Santos Bedaque estaria na conciliação da técnica processual com o escopo de instrumentalidade (ver Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo, pág. 42 e seguintes). Para a crítica a idéia de Bedaque Santos, ver Ovídio A. Baptista da Silva, Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 176/178.

³¹ Luigi Paolo Comoglio escreve que "La conclusione generale del nostro discorso è, quindi, una sola (e va ribadita). Ogni qual volta esistano (come pure esistono in Italia) le basi costituzionali di quel diritto individuale, non há più senso alcuno postulare e difendere l'autonomia dell'"azione" (od, ancor piú, delle "azioni" tipizzate dalla tradizione civilistica), nei confronti del potere di proposizione delle relative "domande". I soli problemi, che nel processo mantengono una loro fondamentale rilevanza, sono quelli riguardanti l'effettività e la duttilità variabile dell forme di tutela (o, se si preferisce, dei tipi di rimedio giurisdizionale), accordabili, su domanda, dal giudice adito. Da lí, in sostanza, deve muovere qualsiasi moderna risistemazione dei principi che reggono il processo." (Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela, Nell'Ottica della Domanda Giudiziale, in Rivista di Diritto Processuale, n. 2, 1993, pág. 465 e seguintes). A proposta de Luigi Paolo Comoglio é criticada por Ovídio A. Baptista da Silva que entende que a simples constitucionalização do direito de acesso aos tribunais não é capaz de determinar a inteira indiferença do direito material sobre o processo e os procedimentos (ver Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 177).

³² Luiz Guilherme Marinoni ressalta que "o abandono do manejo da técnica de procedimentos diferenciados, o que agora (quando denunciada a situação da inefetividade do sistema processual para a tutela dos direitos) conduz a uma verdadeira falta de inspiração para a criação de procedimentos aptos à adequada tutela jurisdicional" (A Técnica da Cognição e a Construção de

Embora reconhecido que a diferenciação das tutelas leva em conta a configuração do direito material a ser tutelado, esta constatação, de per si, não é suficiente para definir a técnica adequada de tutelas voltada precipuamente para garantir efetividade aos direitos.

A idéia de construção de tutelas ressalta o aspecto técnico, verdadeiramente artesanal, que o processo deve assumir para assegurar efetividade aos direitos³³. A técnica de tutelas conduz o processo a afastar-se do mundo ideal dos conceitos e a aproximar-se da realidade fática. Para adaptar-se à complexidade de valores da realidade, o processo necessita sistematizar-se menos como ordem de conceitos e mais como prática ou forma de agir conducente à satisfação efetiva dos direitos. Deve-se recuperar para o âmbito do direito processual o primado da *prudentia* e da tópica característico da filosofia aristotélica³⁴.

A tentativa de construir o conceito de tutela diferenciada pode revelar-se contrária a própria premissa da diferenciação. A preocupação com o conceito de tutela diferenciada está relacionada à

Procedimentos Adequados à Tutela dos Direitos, *in* Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho - Uma Vida Dedicada ao Direito, São Paulo, RT, 1995, pág. 619 e seguintes).

³³ Para Luiz Guilherme Marinoni é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos para a tutela jurisdicional efetiva dos direitos. (A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, São Paulo, Editora Malheiros Ltda., 1995, pág. 20)

³⁴ Ver *supra* Capítulo II, seção 6.

produção dos efeitos que as tutelas, concretamente consideradas, podem gerar na vida do direito tutelado³⁵.

Na linha de análise dos efeitos das tutelas, o procedimento ordinário sustentou-se na premissa de atribuição de três efeitos básicos às sentenças, no caso, o de condenação, o de constituição e o de declaração³⁶. Por meio destes três efeitos, o pensamento jurídico clássico procura manter a integridade do arcabouço conceitual construído em torno do processo e assegurar o respeito ao postulado da segurança das decisões judiciais, através do instituto da coisa julgada. A característica fundamental da *ordinariedade*, neste aspecto, está em que antes da sentença não é possível identificar o efeito do provimento jurisdicional objetivado pela parte. Retirou-se do procedimento ordinário a possibilidade de tutelas sumárias e antecipadas impondo às partes a necessidade de aguardar a sentença para a concretização dos efeitos da tutela jurisdicional outorgada. Apesar de concentrar a possibilidade de concreção dos efeitos da tutela, a sentença afinal produzida no processo não

³⁵ Ver Donaldo Armelin, *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Editora Juruá Ltda, pág. 103 e seguintes.

³⁶ Conforme ressalta Ovídio A. Baptista da Silva a respeito do primado da *ordinariedade*, "Uma ação será declaratória, ou constitutiva, ou condenatória ainda que ela seja ordinária, sumaríssima ou especial, não porque a relação processual imprima nelas tais características, e sim porque a lide contida no processo tende para um resultado declaratório, constitutivo ou condenatório. Duas demandas processadas digamos pelo rito ordinário, sendo uma delas declaratória e outra constitutiva, apresentar-se-ão, sob o ponto de vista formal, absolutamente idênticas, até a prolação da sentença de mérito que as julgue a ambas procedentes. A distinção entre elas - distinção da maior importância para a ciência processual - somente aparece depois de haver sido

contém força executiva que lhe permita operar na realidade concreta os efeitos intrínsecos que contempla. A produção de efeitos na realidade fática é atividade posterior à sentença.

Indiscutivelmente, o procedimento ordinário prolonga no tempo a solução da demanda e a produção material dos efeitos da sentença, com sensíveis prejuízos para a composição do litígio.

A correção dos equívocos conceituais do procedimento ordinário começa com o recuperação do poder de execução da jurisdição³⁷ e com a admissão de que, além dos efeitos condenatório, declaratório e constitutivo, as tutelas também produzem efeitos executivos e mandamentais.

Pontes de Miranda propôs a classificação quinária das ações e sentenças que teriam além dos efeitos condenatório, declaratório e constitutivo, o de mandado e o executivo. Todos eles se manifestam em cada ação ou sentença com preponderância diferenciada de força e eficácia de uns em relação aos outros³⁸. A classificação quinária das ações e sentenças de Pontes de Miranda incorpora ao processo o poder de executividade relegado a plano

proferida a sentença e correspondente às respectivas eficácias de cada uma delas." (Curso de Processo Civil, vol. I, pág. 119).

³⁷ Ver supra Capítulo VI, seções 16 e 17.

³⁸ Pontes de Miranda diz que "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva." (Tratado das Ações, Tomo I, pág. 124).

secundário pelo procedimento ordinário, na medida em que relacionada à ação de direito material e ao direito material propriamente dito. A classificação quinária de ações e sentenças, portanto, não diz respeito ao processo, mas a ação de direito material que existe no plano dos direitos³⁹.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, as classificações trinária e quinária das ações e sentenças já não são suficientes para responder aos desafios teóricos e práticos colocados pela tarefa de tutela de direitos assumida pelo processo. Para o processualista, desloca-se o problema metodológico para a esfera de classificação de tutelas aderentes ao direito substancial tendo-se em conta os pontos de confluência dos resultados do processo no plano do direito material⁴⁰. A partir deste prisma, Luiz Guilherme Marinoni propõe a classificação das tutelas

³⁹ Segundo Ovídio A. Baptista da Silva o critério de classificação do ato jurisdicional típico reflete a ação de direito material contida na demanda e que "Os provimentos judiciais, tanto de jurisdição contenciosa, quanto de "jurisdição voluntária", segundo este critério, podem ser divididos em sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, conforme a pretensão de direito material do autor vitorioso seja dirigida a obter a simples declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica; ou tenha por fim sua constituição, modificação ou extinção; ou colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação; ou finalmente tenha por objeto obter, desde logo, a realização do direito litigioso no processo de conhecimento, mediante um ato de execução praticado pelo juízo; ou através de um simples mandado ou ordem que o magistrado emita, como porção do conteúdo do ato sentencial. Esta classificação diz respeito às sentenças de procedência, de modo que é ilusória a suposição de que ela seja uma forma apenas processual de classificarem-se as sentenças. Em verdade, como as classificações antigas que costumavam levar em conta, por exemplo, a natureza do bem objeto do litígio para distinguir as ações em mobiliárias ou imobiliárias; ou a natureza do direito posto em causa, para classificá-las em reais e pessoais, também esta que divide as ações e sentenças em declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, diz respeito à natureza do direito posto em causa pelo autor e reflete a correspondente ação de direito material que há de ser realizada pela sentença." (Curso de Processo Civil, vol. I, pág. 93/94).

⁴⁰ Ver Tutela Inibitória - Individual e Coletiva, pág. 409.

em tutelas ressarcitórias, tutelas reintegratórias, tutelas de adimplemento e tutelas inibitórias⁴¹.

A classificação quinária das ações e sentenças proposta por Pontes de Miranda, entretanto, responde de forma mais adequada à necessária instrumentalidade do processo em relação ao direito material porque diz respeito à ação de direito material e ao direito material propriamente dito. Uma classificação de ações e sentenças reportada a essência do direito material a ser tutelado pode expressar de forma abrangente a instrumentalidade perseguida pelo processo, na tarefa de construção de tutela de direitos.

Um aspecto importante realçado pela classificação quinária de ações e sentenças está nos efeitos executivos e mandamentais das decisões proferidas no processo. A executividade decorre da força executiva conferida a atividade jurisdicional que permite produzir decisões no âmbito do processo, que tenham por objetivo a satisfação material do direito a ser tutelado. O processo dotado de executividade e de mandamentalidade torna viável a construção de tutelas liminares de natureza satisfativa, aptas a assegurar a

⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni diz que "A distinção, que ora se pretende estabelecer, entre tutela contra o dano, tutela reintegratória e tutela inibitória não decorre de uma exigência meramente conceitual, mas visa a responder às diferenças entre as várias necessidades de tutela. Na tutela ressarcitória toma-se em consideração o dano; na tutela reintegratória, a necessidade de supressão do ilícito e, na tutela inibitória, a exigência de prevenção contra a violação do direito." (Tutela Inibitória - Individual e Coletiva, pág. 415/416).

efetividade dos direitos⁴². A possibilidade de construção de tutelas liminares satisfativas, a partir de juízos sumários e de verossimilhança, além de romper com o paradigma da ordinariedade, revela-se condição indispensável para o exercício da técnica de tutelas diferenciadas capazes de assegurar a satisfação material dos direitos.

A circunstância de a tutela antecipar não apenas os efeitos mas a plena satisfação do direito não impede a parte sucumbente de articular o recurso cabível para, se for o caso, buscar a reforma da decisão judicial proferida. Seria preferível, entretanto, que, dada a extensão e a profundidade dos efeitos da instrumentalidade e dos objetivos teleológicos assumidos pelo processo, fosse reconhecido um certo grau de irrecorribilidade das decisões que, no curso do processo, antecipassem tutela de satisfação efetiva dos direitos⁴³.

⁴² De acordo com Ovídio A. Baptista da Silva, "o que mais interessa é resgatar o conceito romano de interdito, de modo que se possa superar a rigidez do Processo de Conhecimento, cujas sentenças, como se sabe, não podem ter suas eficácias provisoriamente antecipadas, introduzindo-se no que seria apenas jurisdição declaratória (Celso Neves), outras funções jurisdicionais que possam contar com liminares, legitimando-se, deste modo, os juízos de verossimilhança, que o direito moderno tentou inutilmente suprimir. Este resultado representa, sem dúvida, uma conquista revolucionária, pois subverte conceitos e estruturas firmemente assentadas em nossa tradição doutrinária. Basta ver que, ao internalizarem-se, nas demandas cognitivas, as eficácias executivas e mandamental, de modo a legitimarem-se os provimentos liminares satisfativos (antecipatórios da futura sentença de procedência), cumpre-se, em termos efetivo, o princípio da igualdade de tratamento das partes, indicando como princípio de paridade de armas, que o Processo de Conhecimento apenas retoricamente proclama, negando-o porém sistematicamente na prática." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 187).

⁴³ Em relação a irrecorribilidade das decisões de antecipação de tutelas Ovídio A. Baptista da Silva afirma que "Como diziam os juristas italianos - e espera-se que o digam depois da reforma - seria inconcebível a introdução de recurso contra provimento "largamente discricional" do magistrado, princípio, aliás, consagrado no direito italiano, não apenas para os "provvedimenti d'urgenza", mas igualmente para a execução provisória do "decreto injuntivo". Com efeito, lê-se no art. 648 do CPC peninsular o preceito que dispõe sobre a execução provisória da liminar

A regra do artigo 273, do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, neste contexto, não se mostra dispositivo legal útil à satisfação efetiva de direitos, na medida em que permite antecipar apenas os efeitos e não a satisfação plena do direito a ser tutelado. De acordo com Ovídio A. Baptista da Silva, a lei separa a tutela de seus efeitos para manter-se fiel às premissas do procedimento ordinário e repudiar o julgamento apoiado em juízos sumários⁴⁴.

Para a construção de tutelas diferenciadas assume importância decisiva a técnica de decisões baseadas em juízos sumários que possam pacificar os conflitos⁴⁵. A possibilidade de julgamento antecipado, de acordo com o previsto nos artigos 330 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, apoiado em juízos sumários, pode assegurar efetividade às tutelas. A decisão, neste caso, poderá

monitória nos casos em que a "opposizione" (embargos) não se funde em prova escrita, ou "prova di pronta soluzione", em que declara que o juiz poderá conceder a execução provisória mediante decisão não recorrível ("ordinanza non impugnabile"). Surpreende que nossa doutrina, habituada a copiar as lições dos mestres europeus, particularmente, no processo, os juristas italianos, quando não importa regras e institutos estrangeiros, demonstre um talento singular para trazer-nos apenas aquelas porções mais conservadoras, encontradas nos demais sistemas processuais, mostrando-se convenientemente cega para as soluções que lá se encontram, de sentido mais arrojado ou - o que, neste contexto, significa a mesma coisa - capazes de afrontar mais diretamente o incorrigível sentido iluminista de nossas instituições processuais. Encontramo-nos, ainda, literalmente submersos no paradigma racionalista - cujos reflexos no campo dos recursos não mereceram até hoje uma avaliação séria e criteriosa -, supondo que o ato jurisdicional seja apenas "clarificador" de uma norma legal, previamente dada pelo legislador, pretensão acalentada pelo positivismo jurídico, de supressão dos juízos de valor da experiência jurídica, essa romântica pretensão de tornar o direito monopólio exclusivo do legislador, que, como disse Josef Esser, um dos mais eminentes filósofos contemporâneos, não passou de um sonho inteiramente vão." (Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva, in Revista de Processo n.º 90, Abril/Junho de 1998, pág. 159 e seguintes).

⁴⁴ Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, pág. 190 e 191.

⁴⁵ A técnica de sumarização, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, consiste no direcionamento da decisão para determinados fatos controversos sem que seja obstada a análise de outros fatos integrantes do conflito em processo futuro. (Curso de Processo Civil, vol. I, pág. 97).

incidir sobre fatos, e não pedidos, onde desnecessária a produção de provas além daquelas que já integram os autos⁴⁶.

A técnica de juízos sumários é particularmente útil para o caso de tutelas voltadas para assegurar satisfação ao direito de propriedade, que pode assumir configurações diferenciadas na realidade fática, dificilmente assimiláveis pelo pressuposto de tutela universal do procedimento ordinário.

No caso da posse, as chamadas ações possessórias disciplinadas pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 já contemplam a possibilidade de juízos sumários ainda que adaptados ao procedimento ordinário⁴⁷.

Relativamente às técnicas de tutelas voltadas para minorar os efeitos do tempo sobre o processo, deve-se mencionar ainda aquelas que Luiz Guilherme Marinoni denomina de técnicas de condenação com reserva de exceção substancial indireta, que

⁴⁶ Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do julgamento antecipado em casos de pedidos cumulados afirma que "A tutela antecipatória, no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. O juiz somente pode julgar antecipadamente um dos pedidos cumulados quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova além da documental. Sendo assim, é óbvio que a tutela antecipatória será fundada em cognição exauriente, e não em cognição sumária. Se o julgamento ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e a conseqüente produção de coisa julgada material." (Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1999, pág. 147).

⁴⁷ Ver artigos 920 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

permitem decisão judicial a partir da prova do fato constitutivo do direito feita pelo autor e que postergam no tempo a análise das exceções opostas pela parte contrária⁴⁸.

A técnica de construção de tutelas voltadas para a satisfação material da posse e do direito de propriedade não deve estar direcionada apenas para reduzir os efeitos nocivos do tempo sobre o processo. A principal preocupação deve ser a de construir tutelas antecipadas, sumárias e mesmo exaurientes que sejam capazes de contemplar a extensão e o alcance da posse e da propriedade em toda a plenitude. Para esse fim, não basta dispor de um conjunto de técnicas e de tipos de tutelas acabados. A técnica que melhor observa o princípio da instrumentalidade é aquela que permite elaborar a tutela no processo de concretização direcionado para a satisfação efetiva do direito material⁴⁹.

⁴⁸ Luiz Guilherme Marinoni escreve que "Se incumbe ao autor provar o que afirma, uma vez provado (ou incontroverso) o fato constitutivo, não há motivo para ele ter que esperar o tempo necessário para o réu provar o que alega, especialmente porque este pode se valer da exceção substancial indireta apenas para protelar a realização do direito afirmado pelo autor. A técnica da condenação com reserva de exceção permite ao juiz, com base na prova do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando à fase processual sucessiva a cognição da exceção apresentada pelo réu. É claro que tal antecipação tem eficácia imediata, sendo esta última resolutivamente condicionada ao acolhimento da exceção." (Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, pág. 33).

⁴⁹ Cristina Rapisarda, por exemplo, diz que o nexó existente entre tutela preventiva e situação substancial "sembra suggerire la necessità metodológica di prescindere da ogni aprioristica classificazione delle tecniche di tutela, e di ripensare gli strumenti di protezione giuridica quali rimedi derivanti dalla specifica configurazione della situazione sostanziale oggetto di tutela, o, più particolarmente, dalle fattispecie di illecito concretamente ipotizzabili rispetto alla situazione sostanziale stessa." (Premesse Allo Studio Della Tutela Civile Preventiva, in Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Janeiro-Março de 1980, N.º 1, pág. 92 e seguintes).

No momento em que se desenvolve o ato de interpretação é que o intérprete vislumbra o modelo e a técnica de tutela mais apropriada para a satisfação material do direito. A construção de tutelas no desenrolar do processo de concretização de direitos é a prática mais eficiente para assegurar eficácia ao princípio da instrumentalidade, porque é nessa ocasião que se revelam os valores que conferem validade ao direito material. A diferenciação de tutelas também está relacionada ao momento único de concretização de direitos.

A técnica de tutelas diferenciadas é eficaz para tutelar a posse e o direito de propriedade funcionalizados, posto que a função social somente revela toda a sua potencialidade valorativa na concretude da situação fática.

QUARTA PARTE

**CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DA TUTELA CONCRETA DA POSSE
E DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

CAPÍTULO VIII

Premissas do Trabalho Hermenêutico

Seção 21

Situação do Problema Metodológico

A construção de tutelas diferenciadas necessárias para assegurar a efetividade da posse e do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro deve ser enfrentada em três planos que, embora possam merecer tratamento distinto, estão fundamentalmente interligados. O primeiro plano diz respeito ao enfoque hermenêutico e a metodologia interpretativa, o segundo, à configuração material da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira e o terceiro, às técnicas de tutelas propriamente ditas, aptas para tutelar a posse e o direito de propriedade.

O tratamento destes três planos que envolvem a construção de tutelas concretas para a posse e o direito de propriedade, na ordem jurídica brasileira, começou pela análise das metodologias interpretativas e das racionalidades aplicadas ao direito ao longo da história. Passou em seguida pelo

resgate histórico, social e jurídico dos conceitos de posse e de propriedade para, na seqüência, voltar-se para o exame das noções de ação, de jurisdição e de tutelas diferenciadas, estas últimas a partir dos novos desafios postos na atualidade para o processo.

Nesta parte final, a análise evolui para um patamar em que o que é enfatizado é já o efeito do compreender hermenêutico no processo de concretização e na construção de tutelas diferenciadas exigidas pela configuração material da posse e do direito de propriedade. Por isso, a análise neste ponto se dá pela interação entre os planos da interpretação, do direito material e do processo como sucede, alias, no ato de conhecimento e de concretização do direito.

Seguindo a linha desde o princípio desenvolvida, a interação entre os três planos orienta-se para uma determinada realidade fática. O compreender hermenêutico adquire sentido quando reportado a uma ordem jurídica e a uma realidade social historicamente situadas. A orientação para a concretude do mundo, exigida pelo desenvolvimento da análise, faz a interação entre os três planos, antes desdobrados, convergir, nesta altura, com mais intensidade, para a realidade social e jurídica brasileira. A interação deste modo se intensifica dialeticamente em dois sentidos. No da análise conjunta de elementos e no da

convergência para a concretude da realidade social e jurídica brasileira.

O acesso hermenêutico ao direito, apoiado nos postulados da hermenêutica filosófica¹, conduz a novo patamar de racionalidade que influencia a técnica de interpretação e o modo de conhecer e de compreender o direito².

A configuração da posse, do direito de propriedade e das tutelas aptas a garantir-lhes efetividade material está ligada ao problema do método de interpretação e de conhecimento jurídico, principalmente quando conferido relevância ao processo de concretização de direitos. Na concretização, o enfoque hermenêutico delimita o campo de congruência entre os elementos da lei positiva e os da situação fática. A racionalidade hermenêutica, portanto, atua na essência do direito concretizado e na realização do ideal de justiça material perseguido pelo ordenamento jurídico.

É indispensável, desse modo, confrontar a hermenêutica jurídica com o problema do método e tratar dos efeitos desse confronto para a

¹ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

² Richard Rorty, ao enfatizar a passagem da epistemologia à hermenêutica, escreve que a hermenêutica não é um método para alcançar os resultados que a epistemologia não conseguiu alcançar. Para ele, a hermenêutica não precisa de um novo paradigma epistemológico. A hermenêutica é o que obtemos quando não somos mais epistemológicos. (Ver A Filosofia e o Espelho da Natureza, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, pág. 311 e seguintes).

configuração da tutela material da posse e do direito de propriedade.

A hermenêutica é reflexão crítica do dogmatismo e dos exageros da metodologia científica, voltada para a abstração conceitual, que não foi capaz de enfrentar os problemas relativos à prática de concretização do direito. A concepção hermenêutica propõe resgatar o elo entre teoria e prática para identificar os limites e as possibilidades de uma metodologia científica do direito, de natureza abstrata e conceitual.

Não se trata da tentativa de sistematizar os elementos envolvidos na concretização, mas de, a partir do paradigma hermenêutico, reorientar a própria sistematização do direito para a perspectiva dos valores do caso concreto e da realidade social e histórica. Esta reorientação sistemática implica reconhecer que o direito não se configura aprioristicamente na positividade da lei e que a própria lei pode não desempenhar papel determinante na aplicação do direito³. Os valores do caso concreto e da realidade histórica assumem papel relevante no processo de interpretação e de aplicação do direito. A validade do direito não pode ser concebida encerrada na

³Kelly Susane Alflen da Silva enfatiza que concretizar uma norma jurídica não significa reconhecer que a norma jurídica existe previamente ao caso concreto. Para a autora, a norma deve ser produzida no processo de concretização. (ver *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, pág. 422-424).

positividade da lei. Amplia-se o horizonte de sentido para reconhecer os valores de uma concreta forma-de-vida e a importância do trabalho de interpretação, desenvolvido por um intérprete inserido no mundo pelo compreender e pela compreensão⁴.

O modelo do método dedutivo mostra-se limitado para reconhecer os valores da realidade fática e para captar o fenômeno jurídico em toda a sua extensão e profundidade. O direito reportado à concretude do mundo incorpora valores refratários à forma abstrata do conceito⁵. Os desafios colocados pelo princípio de valoração no direito não se restringem a capacidade sistematizadora da metodologia empregada. Exigem também a demonstração dos motivos determinantes da escolha do método. Para a correta compreensão do fenômeno jurídico não interessa tanto a utilização de uma determinada metodologia, e sim os motivos determinantes do emprego de uma determinada metodologia e não de outras. O modelo lógico-formal

⁴ A partir da idéia de reorientação do direito para o momento da aplicação e, conseqüentemente, da práxis, Antônio Castanheira Neves aponta três pontos que, no seu entendimento, devem delimitar o problema metodológico. Esses pontos dizem respeito às circunstâncias de: 1) o direito ser cumprimento de sua idéia num contexto histórico-social e ser coisa distinta da lei; 2) na aplicação do direito, o *prius* metódico deixa de localizar-se na norma (formulação lógico-significativa) para se localizar no caso concreto da vida sobre cuja validade jurídica haverá de pronunciar-se; e 3) o pensamento jurídico deixa de ser uma esquema inteiramente dependente de um *jus normatum* para ser ato cooperante de uma *justitia normans*. (O Papel do Jurista no Nosso Tempo, in *Digesta Escritos Acerca do Direito*, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e Outros, Coimbra, Coimbra Editora Ltda, 1.º vol. 1995, pág. 46 e seguintes).

⁵ Ver supra Capítulo II, Seção 5.

não questiona os motivos determinantes da escolha do método na aplicação do direito⁶.

Para além do caráter estático da lei positiva, e da ordenação que lhe é própria, é necessário enfrentar a dinâmica dos valores da situação de fato e seus efeitos na constituição dos direitos e das tutelas aptas a assegurar-lhes efetividade.

A dinâmica que o direito assume quando orientado para a concretude do mundo e, conseqüentemente, para a práxis pode ser melhor compreendida mediante uma abordagem hermenêutica que considere relevante o momento da aplicação e seus reflexos na ordem jurídica.

O acesso hermenêutico ao direito exige nova concepção metodológica, compatível com o princípio de sistematização da ordem jurídica em torno de uma ordenação de valores revelados no processo de concretização.

A hermenêutica não elimina a necessidade de controle e de demonstração das premissas orientadoras da interpretação e do processo de

⁶ Para Josef Esser "La logica - per quanto si può ora affermare - è una condizione ma non un fondamento della conoscenza. Essa non può garantire le decisioni sulla scelta della norma e sul suo ruolo determinante per la soluzione del conflitto. Questa valutazione, legata alla scelta della giusta comprensione della norma e alla corrispondente valutazione delle circostanze di fatto, implica una valutazione, che non deriva dalla "logica" ma dal risultato di prevalutazioni e pregiudizi provvisori. Tutto l'apparato di possibilità di conclusione, deduttive e induttive, all'interno di un sistema di norme orientate verso l'applicazione è dominato dalla prospettiva di valutazione con la quale il giudice si accosta alla comprensione di queste norme e delle situazioni conflittuali di appianare con il loro aiuto." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pág. 76).

concretização. Com a hermenêutica elimina-se apenas a sujeição irrefletida do intérprete ao método. Através da orientação hermenêutica abre-se a oportunidade de utilização de múltiplos métodos para demonstrar a relação indissociável entre os elementos valorativos da lei positiva e os da situação de fato, na constituição do fenômeno jurídico⁷. O resultado do trabalho interpretativo e do processo de concretização não depende do método considerado de forma isolada, mas da escolha do método feita pelo intérprete⁸. Os pressupostos teóricos e práticos para uma interpretação correta, ou para a concretização justa e eficaz dos direitos, não se situam na observação estrita de uma determinada metodologia, mas nos motivos determinantes da escolha do método que veio a configurar os limites e o alcance do ato interpretativo e da concretização efetiva dos direitos.

Não se trata de repudiar o método. A questão é mais ampla. Trata-se de inserir o problema

⁷ Conforme escreve Giuseppe Zaccaria citando H. Coing "la via dell'individuazione del diritto attraverso l'interpretazione non è fin dall'inizio lineare, ma è una via di alternative e di ipotesi che, di volta in volta, devono essere giustificate in base alla loro possibile plausibilità." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica giuridica Contemporanea, Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, pág. 103).

⁸ Josef Esser assinala que "La questione dell'ammissibilità di determinati punti di vista o di determinati criteri per una corretta interpretazione è dunque caratterizzata non solo attraverso una possibilità di scelta tra diversi mezzi di interpretazione ma proprio da un contrasto o da un'antinomia di quei postulati. Se una teoria esige l'esatta considerazione del significato letterale grammaticale, l'altra approfondisce determinate idee di finalità, che il legislatore o l'interprete attribuisce al modello di ordinamento in questione. Se l'una è orientata al rispetto del significato concreto di una soluzione, l'altra invece mira a porre il modello di ordinamento all'interno dell'intero sistema. Se una tiene conto della genesi, l'altra esige di mettere quest'ultima completamente da parte, nell'interesse di una valutazione accettabile della ratio legis "oggettiva." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, pág.123).

do método, do ponto de vista prático e teórico, na reflexão crítica possibilitada pela hermenêutica⁹.

A hermenêutica, todavia, não se resume a uma metodologia da ciência jurídica. Ela traduz o universal de compreensão que se constitui com a inserção do homem na concretude do mundo¹⁰. A hermenêutica não postula a universalidade abstrata da teoria. Voltada para a compreensão e para a experiência constitutiva da relação entre o homem e o mundo, a hermenêutica evidencia a natureza finita do saber e da teoria.

A compreensão hermenêutica, historicamente situada, objetiva superar o estranhamento decorrente do confronto entre sujeito e objeto que está na base da ciência conceitual. O conhecimento hermenêutico orienta-se pela particularidade da experiência do homem no mundo, mediada pela linguagem¹¹. A hermenêutica, portanto, não é redutível ao método. A essência da hermenêutica está

⁹ De acordo com Giuseppe Zaccaria "La preoccupazione di realizzare una teoria del diritto rivolta alla prassi e capace di ricomporre Sollen e Sein, teoria e prassi, non significa reintrodurre tra questi poli dei nessi meramente causali e meccanici. Lo stesso metodo giuridico è il risultato di un processo storico e l'errore del metodologismo sta proprio nella presunzione di fornire dei canoni e dei criteri direttivi anteriormente e indipendentemente dal concreto procedimento interpretativo. Il merito della prospettiva ermeneutica è che in tale concezione assume una funzione decisiva e centrale il confronto con il problema del metodo: essa è pertanto in grado di mostrare anche al metodo giuridico i suoi limiti, le condizioni generali del comprendere che lo producono, i confini del suo spazio di creatività e con ciò il suo effettivo connettersi con la prassi. In quanto punto di vista che si interroga sui propri presupposti e su quelli dei diversi oggetti di conoscenza, l'approccio ermeneutico è perfettamente in condizione, non soltanto di illuminare la complessità, sia fenomenologica che concettuale, del dato giuridico, ma anche di criticarne ogni visione dogmatica e preconstituita." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 83).

¹⁰ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

¹¹ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

na irrenunciabilidade à contingência do particular e do existencial da experiência que escapa à metodologia e ao princípio universal do conceito¹².

A hermenêutica que não se reduz ao método mostra, todavia, os limites e as possibilidades da metodologia ao situá-la na história. Revela também a fragilidade da pretensa universalidade do conceito desconectado da prática e da experiência. Neste sentido, a hermenêutica está situada para além do método e do conceito sem, entretanto, negar-lhes existência.

A compreensão não é um dado anterior à interpretação e ao processo de concretização. Pré-compreensão e compreensão surgem através do trabalho do intérprete no processo de concretização de direitos. Não há na pré-compreensão e na compreensão um pressuposto metódico que possa ser desvinculado da prática interpretativa¹³. O existencial

¹² Para Giuseppe Zaccaria "L'universalità dell'ermeneutica è precisamente nel fatto che il comprendere è parte costitutiva della prassi umana." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 75).

¹³ Josef Esser enfatiza que "L'ermeneutica giuridica è divenuta "esemplare" per l'ermeneutica filosofica proprio per il fatto che qui un atto concreto di applicazione o anche il confronto del problema di decisione da superare con il testo interrogato "determina fin dall'inizio e in modo totale" il processo di comprensione. Il giurista non comprende il testo dato, né nella sua rilevanza storica, né sotto il profilo sociologico, come prodotto di determinate forze, non è ad esso interessato come testimonianza di un'opinione, ma come modello direttivo che ha un senso per la sua decisione. Egli non desidera altro che capire il testo, ossia se con l'aiuto della ratio di quest'ultimo, può pronunciare o meno la sua decisione "soddisfacente". In questo senso, l'atto di applicazione dipende dalla possibilità di comprensione e questa ultima dall'idea che si ha dell'applicazione. Questo circolo, che, secondo quanto è stato detto, si può intendere come circolo applicativo di una interpretazione dogmatica, è precisato dalla nostra idea dell'influsso esercitato dalle rappresentazioni finali della decisione sull'applicazione del diritto: sono presi in considerazione in anticipo i risultati possibili e su di essi si verifica la comprensibilità del testo. Quest'operazione inoltre non avviene con "metodo" bensì nell'ambito della precomprensione, che interroga i testi confrontando il significato della norma con la problematica del caso. Chi applica il diritto non può sottrarsi alla necessità di applicazione e

da compreensão não está metodologicamente determinado. A cada necessidade concreta de interpretação e de concretização se reconstrói dialeticamente o compreender e a compreensão¹⁴. O círculo da compreensão no direito insere-se no universo da linguagem que exprime o homem, o mundo e a relação concreta entre ambos^{15 16}.

O compreender hermenêutico, desse modo, converte o momento da concretização de direitos em oportunidade de integração criativa entre os valores da lei positiva e os valores da situação de fato que reclama regulação. A tarefa concretizadora é elemento constituinte do direito orientado para a materialização do ideal de justiça inscrito no ordenamento jurídico.

A reorientação do direito para a concretude do mundo não dispensa a busca de parâmetros

di decisione cui è soggetto. Il suo interrogare la norma soggiace a questa precomprensione, collegata alla decisione, della situazione conflittuale, la quale si manifesta nella precomprensione non come situazione personale di colui che cerca protezione giuridica, ma come "tipica situazione del caso singolo", che esige un trattamento normativo soddisfacente al di là della decisione singola. La decisione deve essere "obiettivamente giusta" in senso generale ed accordarsi con il sistema di ordinamento complessivo." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, pág.135/136).

¹⁴ Friedrich Muller ressalva que no contexto da metódica jurídica pré-compreensão significa somente pré-compreensão jurídica, não pré-compreensão filosófica ou genericamente própria das ciências humanas. (Método de Trabalho do Direito Constitucional, 2.ª ed., São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pág. 64).

¹⁵ Como afirma Giuseppe Zaccaria "L'intera teoria ermeneutica dell'interpretazione trova, di conseguenza, un suo nodo problematico centrale nel gioco della logica di domanda e risposta, nella relazione dialettica tra l'interprete e l'opera da interpretare, che inconsapevolmente viene fondando la comunità linguistica, il linguaggio. L'attuarsi di questo dialogo ermeneutico è l'opera specifica del linguaggio, fenomeno umano originario, sul quale si fonda il fatto che gli uomini hanno un mondo. Reciprocamente, il mondo è tale in quanto si esprime e si costruisce nel linguaggio e attraverso il linguaggio. (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 81).

¹⁶ Ainda sobre a importância da linguagem para a hermenêutica ver Hans-Georg Gadamer, Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, 2.ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1998, pág. 590 e seguintes.

razoavelmente seguros de avaliação objetiva da eficácia dos resultados da concretização. Orientar-se o direito para o processo de concretização e para a realidade fática não autoriza ignorar a necessidade de uma certa ordenação de valores que permita ao intérprete e aos membros da comunidade, sujeitos a imperatividade da ordem jurídica, reconhecer os elementos sistêmicos integrantes dos direitos. Os elementos constituintes da posse e do direito da propriedade, por exemplo, devem estar integrados a ordem de valores que compõe o ordenamento jurídico. É necessário observar, entretanto, que os elementos da posse e do direito de propriedade, no processo de concretização, ficam sujeitos ao movimento dialético do círculo hermenêutico da compreensão, de modo que não é possível reconhecê-los metodologicamente ordenados na forma do conceito ou da lei positiva¹⁷.

O que deve ser considerado relevante não é tanto a existência ou não de parâmetros ou de controles na concretização do direito justo, mas a configuração que referidos parâmetros e controles assumem na prática do compreender hermenêutico e no

¹⁷ A respeito de controles de resultados na aplicação do direito Josef Esser ressalta que *"il valore appagante e pacificante della decisione, non dipende assolutamente soltanto da un principio che, sotto il profilo argomentatorio, si può valutare in modi diversi, ma dal rapporto differenziato, di più elementi dogmatici che, a loro volta, fanno risaltare determinati problemi di interesse, con il particolare bisogno di protezione, che si presenta sostanziato nel caso in esame."* (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, pág.139).

confronto entre os valores da lei positiva e os da realidade fática.

Seção 22

Enfoque Hermenêutico e Possibilidades de uma Metodologia da Concretização no Direito

Voltado para a concretude do mundo, o direito se deixa penetrar pela contingência dos valores da situação de fato. Sujeita-se a influência das mudanças históricas e das condições materiais de vida. Imerso no mundo pela linguagem e pelo compreender não é mais dado objetivo, ordem supraempírica de valores racionalmente manipuláveis. O direito se descola da positividade da lei para incorporar valores reconhecíveis na experiência concreta do homem no mundo, o que lhe confere nova racionalidade. Para que esta nova racionalidade que passa a conformar o direito orientado para a concretude do mundo não venha a desintegrá-lo numa multiplicidade errática de subsistemas, incapazes de assegurar a efetividade dos direitos - o que, no limite, invalidaria a premissa concretizadora - é necessário tratar das possibilidades teóricas e práticas da formulação de uma metodologia da concretização.

A formulação de uma metodologia da concretização poderia ser útil na delimitação material dos direitos, em especial da tutela da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira.

Antes de tratar da questão da validade e da oportunidade de uma metodologia da concretização, que possa dar conta da tutela da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira, é preciso abordar alguns pontos relevantes coenvolvidos na premissa hermenêutica do orientar-se o direito para a concretude do mundo.

Um primeiro ponto está no reconhecimento de que o direito, voltado para os valores da realidade e da experiência do homem no mundo, incorpora o modelo da tópica e do pensamento problemático^{18 19}. A problematização implicada na relação entre os valores da lei positiva e os da situação de fato é componente fundamental do círculo do compreender e da compreensão, que torna possível a solução materialmente justa do conflito. A tópica, todavia, não é método, nem se pretende metódica. Equiparar a tópica ao método equivale a não reconhecer o fundamento que lhe é essencial que é o da abertura para a experiência

¹⁸ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

e para prática²⁰. A tópica não é "epistème", mas "technè", modo operativo de pensar orientado para prática reconciliada com a teoria.

Uma outra questão está relacionada à posição que a lei positiva ocupa na concretização operada pelo pensamento tópico-problemático do compreender hermenêutico. A lei positiva pode assumir a característica de *topoi*²¹, de modo a incluir-se a essência da positividade, e da premissa de justiça que ela encerra, no confronto de valores próprio da tarefa concretizadora. A idéia de positividade não se articulará apenas em torno da existência estrita da lei²². Perdem sentido a noção Kelseniana de norma como entidade dotada de sentido universal ou a idéia de função restrita da interpretação de declarar o sentido

¹⁹ Maria Helena Diniz reconhece que o pensamento tópico pode dinamizar o texto constitucional para torná-lo adaptável às contingências e mutações da vida. (Constituição de 1988 - Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia, São Paulo, Editora Atlas S/A, 1989, pág. 84)

²⁰ Conforme afirma Josef Esser "Il pensiero topico è definito con maggiori charezza anche come "pensiero problematico", in cui questioni, apparentemente assicurate sotto il profilo dogmatico, com l'aiuto di nuovi confronti di conflitti sono reintegrate dal sistema dogmatico in una razionalità predogmatica. Questo è il passo necessario per preparare una migliore dogmatizzazione e una nuova comprensione sistematica. Il pensiero problematico dunque non può essere presentato come un pensiero "aporetico" nel senso comune del termine. Esso non muove dalle aporie conoscitive del diritto, da valori assoluti o da vicoli ciechi della ragione o del sentimento, ma è soltanto un esame, liberato dal pensiero sistematico, delle questioni giuridiche comprensibili in quel momento in modo insoddisfacente sotto il profilo sistematico. Il pensiero problematico è in questo senso un "pensiero operativo". Il giurista rinuncia ancora ad un legame concettuale con un sistema con categorie di criteri ordinativi "superiori" e "inferiori" e di agganci con la fattispecie più generali e più concreti; egli passa a quel pensare pragmatistico, per rapporti finalizzati e per le loro implicazioni, che, anche a livello del legislatore, si presenta come l'único convincente." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, pág. 153).

²¹ Ver supra Capítulo II, Seção 6.

²² Giuseppe Zaccaria afirma que "Da tempo la concezione della positività del diritto propria di un certo paradigma giuspositivistico è morta. Per riprendere oggi, in una forma aggiornata e aperta alle acquisizioni della più recente teoria del diritto, le fila della classica riflessione sul concetto di positività del diritto, occorre muovere dalla constatazione del definitivo logoramento di un modello di positività, ormai largamente iservibile, proprio di un certo giuspositivismo (se vogliamo, il più piatto e tradizionale, ma anche il più diffuso tra i giuristi, quello che più

normativo, a partir da existência da lei positiva. Na concepção hermenêutica do direito orientado para a concretude do mundo, a positividade da norma surge da relação indissociável entre os valores da realidade fática e os valores integrantes da lei positiva²³. Não se trata, desse modo, de uma concepção de posse e de direito de propriedade inscritos de forma abstrata na lei positiva, vigente em determinado momento histórico. A positividade das normas reguladoras da posse e do direito de propriedade inscreve-se no círculo da compreensão.

Não se trata de deslocar a positividade estática cristalizada na lei para um processo ininterrupto de positividade mais ou menos na linha da concepção do modelo de norma individual de Kelsen²⁴. Na positividade construída no processo de concretização de direitos, está desde logo negada uma essência abstrata da norma apartada da concretude dos

che una teoria, era la constatazione di "come stavano le cose.") (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 207).

²³ Para Giuseppe Zaccaria "la nuova positività viene a comporsi concettualmente di due componenti inscindibili: l'enunciato della norma e il procedimento ermeneutico-applicativo su di esso sviluppato. Nella misura in cui chiunque realizzi ed usi le norme deve essere considerato come parte integrante del relativo procedimento, essa positività è necessariamente di tipo ermeneutico; e concepisce il riferimento alla norma giuridica dinamicamente: ossia non in quanto grandezza già data in partenza e immodificabile, ma in quanto risultato intermedio rielaborato nel suo svolgimento." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 223).

²⁴ Segundo Hans Kelsen, "Difícilmente precisará de mais fundamentação a afirmação de que a imposição da sanção concreta tem um caráter constitutivo. A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa." (Teoria Pura do Direito, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora S/A, 1991, pág. 256/257).

fatos e da realidade social e histórica²⁵. A positividade da norma está inserida no processo histórico de produção de sentido, onde a validade é resultado da busca de realização, em cada ato de interpretação e de aplicação do direito, do ideal de justiça tutelado pela ordem jurídica²⁶. O direito, portanto, não se resume à lei positiva.

Na perspectiva do processo de concretização de direitos, a relevância da lei positiva para a solução do conflito depende da compreensão de significados que ela incorpora no confronto com os valores do caso concreto²⁷. A importância do significado cristalizado na lei positiva passa a depender da eficácia do resultado da concretização na eliminação do conflito e na satisfação efetiva do direito. A compreensão do significado emanado da lei positiva, conforme afirma Josef Esser, é determinada pelo conhecimento que o intérprete detém da natureza do

²⁵ De acordo com Giuseppe Zaccaria "La positività non è, ma si produce" considerando-se que "il modello ermeneutico della concretizzazione del diritto non restringe l'interpretazione alla comprensione del testo, ma assumendo la tipicità delle circostanze di vita come elemento di passaggio decisivo per la comprensione stessa dei testi, qualifica l'ermeneutica anche come teoria del comprendere le situazioni sociali, i contesti di senso costituiti nei sistemi sociali ed il mondo." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 66 e 222).

²⁶ Antonio Castanheira Neves ressalta que a lei somente vincula juridicamente se e enquanto se puder ver nela a expressão autêntica (intencional-material) do direito e que o verdadeiro Estado democrático ou o Estado de Direito não será Estado simplesmente da legalidade, mas aquele em que a última palavra de validade e a própria medida do poder é o direito. (Justiça e Direito, in Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, pág. 284 e seguintes).

²⁷ Enquanto o sentido do texto depende da determinação dos elementos relevantes para a interpretação, à luz da metodologia interpretativa perseguida pelo intérprete, o significado está relacionado ao contexto da realidade social e histórica em que valorado o texto objeto da interpretação.

conflito e do modo eficaz de eliminá-lo²⁸. Por isso, o significado que a lei positiva adquire na concretização de direitos depende também do papel do intérprete na prática do compreender e da compreensão.

A positividade em construção que resulta do processo de concretização, não elimina o papel da lei positiva do horizonte de interpretação e de aplicação do direito. O projeto de validade contido na lei positiva não pode ser ignorado no processo de concretização de direitos. Vinculado a esse projeto, existe um outro mais amplo de compreensão de sentidos e de significados constituintes da ordem jurídica, inserida na realidade histórica, que precisa reconhecer válido o primado da satisfação material dos direitos²⁹.

²⁸ Josef Esser diz que "L'applicazione del diritto è, conseguentemente, solo apparentemente un singolo atto, che si realizza logicamente in una deduzione, la cosiddetta sussunzione della circostanza di fatto sotto la norma appropriata. I fattori decisivi risiedono nei due giudizi che precedono questa conclusione, cioè sul "è" e "come" sai necessario regolamentare il conflitto da decidere e sulla pertinenza di una norma, cioè sulla sua ottimale idoneità a questa riconosciuta esigenza. A questo scopo sono necessarie pre-riflessioni più ampie della semplice "completa" discussione e valutazione della situazione di fatto. Bisogna sapere in quale direzione si deve valutare la situazione di fatto. Ciò risulta dalla "norma rilevante". Per "trovare" quest'ultima però non si tratta, di nuovo, di un'azione di ricerca sistematica, ma si esige, sebbene la richiesta di protezione giuridica delittimi la sua scelta, l'analisi dell'"utilizzabilità" delle molteplici norme prese in considerazione alla luce della situazione del caso in questione e in relazione alle connessioni sistematico-giuridiche e alle conseguenze politico-giuridiche." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice, pág. 25/26).

²⁹ Giuseppe Zaccaria afirma que "le norme continuano a funzionare quali modelli direttivi di condotta, che suggeriscono, orientano e guidano il comportamento dei cittadini e che, proprio per il fatto di adempiere questa funzione di riferimento, di delimitazione dei confini di un'area, non si possono lasciare da parte come qualcosa di superfluo: ma non si tratta di modelli che preesistono astrattamente ai comportamenti sociali, che anzi proprio in tanto esistono e vivono, in quanto risultati ermeneutici prodotti dalla compresioni dei testi giuridici e dei fatti giuridicamente significativi. Quest'ultima esigenza, che la nozione di positività non si limiti in modo semplicistico al mero fatto della posizione, ma ne consideri anche l'efficacia come concreta condizione di validità, si che resti istituito uno stabile rapporto tra positività ed efficacia, non si deve intendere nel senso che, per valere, il diritto debba essere sempre compreso, osservato o applicato: questo però deve avvenire di regola, per il diritto considerato nel suo insieme. Certamente, come Kelsen riconosce, l'efficacia è la conditio sine qua non della validità del diritto positivo, ma l'efficacia si lega inscindibilmente a quel complesso di attività interpretative che costituiscono il nucleo funzionale dell'ordinamento." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 227/228).

A força vinculante da ordem jurídica, do ponto de vista da concretização de direitos resulta, portanto, da capacidade de exprimir o existencial do homem no mundo.

A questão do modelo de sistema para o direito orientado para o processo de concretização também tem relação estreita com o problema metodológico. O direito reportado para a concretude do mundo exige uma concepção de sistema aberto capaz de assimilar a ordenação de valores³⁰ resultante do trabalho interpretativo. Em torno do modelo de sistema articula-se o processo de sistematização do direito. Mesmo orientado para os valores da realidade fática, o direito não perde o caráter sistematizador que lhe é inerente. A premissa concretizadora não é assistemática, nem objetiva desintegrar a ordem jurídica, ainda que contenha na essência um certo perfil de desconstrução conceitual. É certo, porém, que o acesso hermenêutico ao direito introduz na ordem jurídica a formulação de juízos valorativos, próprios do momento particular de concretização, que pode conduzir a uma certa instabilidade sistemática, pelo menos daquela sistematização apoiada em conceitos abstratos e na lei positiva. Referida instabilidade sistemática, provocada pelo orientação concretizadora de direitos, traduz

³⁰ Sobre os detalhes da concepção de sistema aberto ver Capítulo II, seção 4, supra.

oportunidade de enriquecimento do sistema jurídico, já que a sistematização não pode atuar para inibir a concretização material dos direitos³¹.

O direito reportado aos valores da realidade fática não deve deixar de reconhecer a importância do caráter sistemático e sistematizador da ordem jurídica. A sistematização adquire maior importância quando se orienta o direito para os valores do caso concreto, porque é nesse momento que se torna necessário impedir a fragmentação da ordem jurídica que venha colocar em risco a garantia de eficácia dos direitos³². A fragmentação assistemática pode anular os efeitos de tutelas destinadas a assegurar efetividade material à posse e ao direito de propriedade. Orientar-se o direito para os valores da realidade fática e para a prática não significa dar aos direitos

³¹ Giuseppe Zaccaria entende que *"in definitiva l'ordinamento è un metodo, mediante il quale non solo si realizza un ordine sociale, ma dinamicamente si procede ad un'unificazione organizzativa e regolativa, secondo un generale criterio normativo, assunto come modello, dell'intero materiale giuridico. Esso funziona come schema interpretativo e regolativo, destinato ad inquadrare e a spiegare comportamenti, a conferire un significato a fatti e fenomeni sociali: ogni nuovo caso concreto, d'altronde, mettendo in questione la totalità dell'ordinamento stesso, senza soste lo costringe a rideterminarsi e a ridefinirsi secondo nuove formulazioni, dettate dalla ragion pratica. Mentre la prospettiva positivista - legata com'era all'ottica immediata della mera fattualità empirica - poneva però l'accento sulla chiusura-dati di un ordinamento, identificato ed esaurito nelle sue espressioni presenti ed attuali, le teorie ermeneutico-interpretative accolgono piuttosto la prospettiva aperta e dinamica della potenzialità dell'ordinamento, della sua capacità, anche futura, di adeguarsi e di modificarsi, garantita dalla ricchezza delle possibilità di applicazione. Nessuna delle molte possibili concretizzazioni de un ordinamento, che, in relazione alle esigenze pratiche possono prodursi, è idonea ad esaurire per intero le grandi potenzialità reattive del diritto positivo. In questo senso, come ordine complessivo, dotato di razionalità operativa, esso ordinamento è un quid che va oltre l'immediatezza del diritto positivo."* (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 230/231).

³² Para Giuseppe Zaccaria *"Il diritto positivo deve tutelare l'unità dei criteri di valutazione: senza la prospettiva di un'unità di senso e di una traducibilità della decisione singola all'interno di un ordinamento, che la renda comprensibile come un atto coerente e la coordini in una unità significativa, il sistema del diritto positivo si frantumerebbe in un flusso scomposto di interpretazioni e in un caos di predicati valutativi irrelati, mentre l'ermeneutica parrebbe*

caráter fragmentário e assistemático. Significa admitir que o princípio ordenante atua para assegurar a efetividade material dos direitos, considerados os valores da realidade social e histórica em que inserido o ordenamento.

O sistema interage com os valores da realidade fática. Desta interação resulta a configuração material da norma destinada a regular o caso concreto e a realizar o direito justo no mundo da vida³³.

O caráter sistematizador que o direito assume não chega a constituir-se em metodologia do processo de concretização. A sistematização é consequência do trabalho da dogmática jurídica em torno da definição e da formulação de conceitos dos institutos jurídicos e suas relações no interior do ordenamento jurídico. A sistematização não é elemento constituinte do direito. Ela é o resultado do trabalho de interpretação, o que significa dizer que a sistematização assume configuração própria, de acordo com a orientação interpretativa adotada pelo

destinata a ridursi ad una pragmatica degli usi." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 117).

³³ Antonio Castanheira Neves se refere a uma dialética própria do confronto entre sistema e problema que leva a realização normativa e que para ele passa a ser a racionalidade do direito que deve ser considerada (Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" - Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, vol. LXXIV, 1998, pág. 37 e seguintes).

intérprete³⁴. A consolidação de um determinado sentido para a posse e o direito de propriedade, e a conseqüente absorção sistêmica desse sentido pela ordem jurídica, não decorre da natureza sistemática e sistematizante do ordenamento, nem de uma pretensa natureza objetiva e científica das noções de posse e de propriedade. Decorre da dogmática, historicamente situada, desenvolvida pelos juristas em torno da interpretação e da aplicação do direito. A sistematização, portanto, assim como o direito, se produz imersa nos valores da realidade histórica.

Desse modo, não haverá empecilho a que a sistematização, antes orientada pela abstração conceitual, esteja hermeneuticamente sujeita a ordenar os valores resultantes da reorientação concretizadora de direitos. Na prática concretizadora, portanto, continuará a manifestar-se a natureza sistêmica do direito e o esforço interpretativo produzirá dogmática jurídica, seguramente renovada pela premissa da efetividade material dos direitos.

³⁴ Josef Esser afirma que "Dal punto di vista storico, ossia genetico, i concetti giuridici non mirano certo a questa funzione di logica oggettiva e di valutazione "immagazzinate", ma quase tutti se ne caricano nel frattempo sotto il profilo giudiziale e dottrinario. È dunque "sistematico", in questo contesto, un predicato che si adatta all'ordine giuridico non in forza di una prestazione legislativa ma attraverso la dogmatica, che si sforza di definire i rapporti di valutazione. La costruzione di un sistema deve, dunque, prima fornire e verificare ciò che una semplice comprensione del diritto presuppone come dato, cioè la conseguenza con i rapporti sociali, qui compresi, nella questione e nei criteri di valutazione giuridica. La comprensione di questa corrispondenza contiene già una necessità di valutazione, significa valutare "teleologicamente" anche nella misura in cui ciò non appare già chiaro attraverso i problemi di merito ed il linguaggio delle norme. La necessità di una tale valutazione comprende piuttosto di volta in volta anche il controllo di una corretta corrispondenza nella sovrastruttura dei principi e nell'infrastruttura della comprensione concettuale." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel

A análise das diversas questões coenvolvidas no trabalho de análise das possibilidades de uma metodologia concretizadora de direitos conduz a admitir que, quaisquer que sejam os pressupostos adotados no trabalho de interpretação e de aplicação, o problema do método está atrelado à relação valorativa que se estabelece na concretização entre os elementos da lei positiva e os da situação de fato a ser regulada.

A constituição da juridicidade no processo de concretização orienta-se para a concretude das relações sociais, de forma que o sentido e o significado do que é direito ou do que pode se tornar direito passa a construir-se a partir da experiência do homem no mundo. No direito orientado para a prática e para os valores da realidade fática não há lugar para a separação radical entre teoria e prática. A formulação teórica volta a conectar-se com a prática através do trabalho interpretativo, do compreender e da compreensão possibilitados pela hermenêutica.

O acesso hermenêutico ao direito ressalta a relação contínua entre o universal constituído pela lei positiva e o particular representado pela situação de fato. Não se trata de simples relação lógico-dedutiva, mas de relação

assinalada pela linguagem e, conseqüentemente, por uma prática de interpretação e de aplicação que considera os valores situados na realidade fática³⁵. Em torno do modo como esta relação se constitui na prática hermenêutica é que devem ser mensuradas as possibilidades de uma metodologia da concretização.

A concretização de direitos, portanto, se constitui de dois pólos: o da lei positiva e seus valores e o dos valores da situação de fato a ser regulada. Ambos estão inseridos no processo de concretização, sujeitos a análise do pensar tópico-problemático do círculo da compreensão.

A lei positiva não deve ser considerada no processo de concretização como imperativo abstrato, dotada de validade que se impõe perante os valores da situação de fato³⁶. Do ponto de vista hermenêutico, a lei positiva contém projeto de validade que se consolida na medida em que, inserida no processo de concretização, seja capaz de assegurar eficácia material aos direitos.

Giudice, pág. 96).

³⁵ Para Giuseppe Zaccaria o que a concretização evidencia é o problema da relação entre o ordenamento jurídico positivo e o modo concreto de sua aplicação e de sua reprodução na prática histórica. (Ver Prefácio, in *L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, pag. XI e seguintes).

³⁶ De acordo com Josef Esser "La norma non potrebbe adempiere ai suoi compiti di regolamentazioni in una molteplicità illimitata, temporalmente e socialmente, se si appellasse semplicemente al mantenimento di una volontà legislativa e se no si trovasse in un contesto di comprensione tale che le permettesse di desumere i necessari indirizzi della coscienza e i modelli decisionali dai concetti da lei utilizzati, e da altri valori semantici, in un atteggiamento comprensivo, di volta in volta, attuale." (Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto - *Fondamenti di Razionalità nella Prassi Decisionale del Giudice*, pág. 39).

No processo de concretização de direitos, o sentido da lei positiva se altera quando confrontado com os valores da realidade fática. Não se atribui à lei positiva um sentido universal e abstrato. Ela incorpora uma compreensão de sentido que se constituiu historicamente e que sofreu os efeitos das alterações das relações sociais. O sentido da lei positiva se define quando concretizado o projeto de validade de que é portadora, com a satisfação material do direito tutelado pelo ordenamento jurídico.

Uma metodologia da concretização que viesse a considerar a lei positiva sem a influência da dinâmica de sentidos que ela sofre, quando em confronto com os elementos da situação de fato a ser regulada, estaria negando a potencialidade valorativa da tarefa concretizadora de direitos. Por outro lado, os desdobramentos de sentido para a lei que a concretização propicia são irreduzíveis a uma concepção metódica, destinada a regular a prática concretizadora de direitos.

Em relação a situação de fato e seus elementos, o método tem que se defrontar com a identificação do que constituiria a essência do fático, dos valores integrantes da realidade social e histórica

em que verificado o fato que exige regulação e do conflito a ser pacificado pela norma³⁷.

O saber hermenêutico no âmbito do direito não está direcionado apenas para a compreensão da esfera da normatividade. O compreender hermenêutico inclui a configuração da situação de fato, a ser regulada pelo direito, e seus valores. No processo de concretização, a situação de fato não pode representar para o intérprete um recorte da realidade que possa amoldar-se de forma objetiva à hipótese normativa. O compreender hermenêutico revela ao intérprete a situação de fato no contexto social e histórico³⁸, com toda a complexidade de valores que lhe é própria³⁹. A visão ampliada, possibilitada pela hermenêutica, enriquece o processo de concretização e potencializa a satisfação material dos direitos, na medida em que ilumina novos ângulos e facilita a constatação de valores e da essência da faticidade, que permite o

³⁷ De acordo com Karl Larenz, "A actividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede a sua apreciação jurídica." (Metodologia da Ciência do Direito, 5.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 333).

³⁸ Giuseppe Zaccaria entende que a hermenêutica introduz a noção de que o compreender jurídico está ligado ao contexto da realidade pela impossibilidade de prescindir do trabalho ativo que age compreendendo e que formula com suas interrogações a resposta ao problema do caso concreto. (ver L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pag. 100).

³⁹ Karl Larenz cita Arthur Kaufmann para quem diz ele "as relações da vida a que se referem as normas jurídicas pertencem já a uma realidade estruturada em si à qual, uma vez que se trata de relações de interacção humana, subjaz já um sentido. Ele desenvolve esta concepção nos quadros de uma postura filosófica global, de uma ontologia que se coloca na tradição de Aristóteles, de Tomás de Aquino e também de Hegel. "Dever ser" e "ser" ou "valor" e "realidade" não devem ser concebidos nesta ordem de idéias como dois domínios completamente díspares, mas como vinculados entre si, como interrelacionados, como "exprimindo-se" reciprocamente mesmo antes já da "estatuição" das normas." (Metodologia da Ciência do Direito, pág. 157).

exercício no ato de aplicação de uma *ratio* criadora de direitos referida, porém, à ordem normativa.

A posse e o direito de propriedade devem ser valorados de acordo com o modo como a propriedade e a posse se manifestam em determinado contexto social e histórico. A apropriação de coisas é fato que possui valor intrínseco à sociabilidade e à relação do homem com o mundo. O fato da posse e da situação proprietária concreta adquirem maior relevância para a concretização da posse e do direito de propriedade justos do que a noção jurídica de posse ou do direito de propriedade cristalizada na lei positiva.

A regulação normativa está atrelada a uma essência fática que se manifesta no processo de concretização de direitos. A essência fática, que marca o campo de incidência da lei positiva, resulta da experiência do homem no mundo, inalcançável pela formulação teórica. A posse e a propriedade se tornam direitos tuteláveis porque existem no mundo dos fatos que é onde se manifesta para o homem a necessidade de apropriação de coisas. A mundanidade do fático, portanto, inviabiliza a formulação de uma teoria da concretização de direitos, notadamente da concretização da posse e do direito de propriedade.

A relação entre lei e fato, no processo de concretização, é ela mesma relação que se materializa no ato de concretização e que, por isso, não pode ser metodologicamente definida.

A natureza tópico-problemática da concretização de direitos produz saberes e conclusões reportados à particularidade da solução alcançada pelo intérprete na pacificação do conflito.

O acesso hermenêutico ao direito, desse modo, inviabiliza a formulação de uma metodologia da concretização de direitos⁴⁰. A premissa concretizadora de direitos está inserida no contexto de um saber prático, voltado em essência para a experiência e para a concretude do mundo, que é irreduzível a um modelo metodológico.

⁴⁰ Para Giuseppe Zaccaria "l'ermeneutica relativizza l'autocomprensione del sapere scientifico, negando che possa trovare fondamento in un'auto-istituzione della scienza stessa; ma soprattutto ne distrugge la dogmatica pretesa di superiorità e di assolutezza metodica, sottolineando che la dimensione ermeneutica eccede costantemente gli angusti limiti del metodologismo." (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pag. 172).

Seção 23

A Solução Viável - A Forma do Ensaio e o Modelo da Dialética Negativa

A hermenêutica faz a crítica do método. A crítica objetiva resgatar a dimensão do saber prático e da experiência que foi negligenciada pelo modelo metodológico da abstração conceitual e sua pretensão de esgotar o conhecimento numa fórmula teórica, dissociada da práxis e do contexto social e histórico. Apesar de crítica, a hermenêutica não é prática irracional e desintegradora que repudia o método.

O saber jurídico envolve a compreensão da relação entre teoria e prática ou entre fato e regra. A necessidade de uma orientação metodológica, portanto, continua a pulsar no interior da relação que constitui a juridicidade. O conhecimento jurídico não pode prescindir da regra e da teoria. Dissolver-se a juridicidade numa prática desconectada da regra e da teoria equivaleria a submeter o sistema jurídico a um relativismo sem limites constituído de direitos de validade instantânea e, ao mesmo tempo, sem validade alguma. A prática a que se reporta a

hermenêutica não se equipara a uma espécie de saber técnico consumível, à semelhança do que ocorre com os produtos industriais que, apesar de originários de trabalho artesanal ou artístico, podem ser reproduzido em série. A prática sustentada pela hermenêutica é exercício de valoração que envolve a consideração das peculiaridades do momento social e histórico em que inseridos a regra, a situação de fato que reclama regulação e o intérprete e que, por isso, é única. Na prática hermenêutica, o resultado da interpretação se confunde com atividade de produzir saber jurídico e de concretizar o direito materialmente justo⁴¹.

A hermenêutica, desse modo, atua para ampliar os horizontes do conhecimento jurídico e da efetividade material dos direitos porque vai além dos limites do método, sem negá-lo. A hermenêutica é metódica porque ela incorpora no ato do compreender o que é metodologicamente definido, mas não se detém na definição e no conceito. Ela questiona os fundamentos do conceito. O que para o formalismo conceitual é limite, para a hermenêutica pode ser apenas o princípio do compreender e da compreensão na busca do que é essencial no saber jurídico.

⁴¹ Jeanette Antonios Maman refere-se ao direito justo como produto de uma atividade não como objeto de conhecimento (ver Fenomenologia Existencial do Direito - Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro, São Paulo, Edipro - Edições Profissionais Ltda, 2000, pág. 96).

Na concepção hermenêutica do direito, a relevância do método está na capacidade de explicitar a configuração tópico-problemática do círculo da compreensão, onde emerge a relação entre regra e fato e entre teoria e prática. A metodologia, todavia, não se coloca perante a hermenêutica como exterioridade que direciona a compreensão e o processo de concretização de direitos. O método resulta ele mesmo da prática da compreensão, voltada para a concretização do direito justo.

O acesso hermenêutico ao direito compreende uma prática da compreensão surgida do círculo hermenêutico que não se detém perante o método para segui-lo ou justificá-lo, mas para questioná-lo e com ele confrontar-se. A metodologia não exige demonstração de fundamentos porque ela própria é chamada a evidenciar os fundamentos em que se apóia. O método, desse modo, se orienta pelo compreender hermenêutico e não o contrário.

Perante a hermenêutica não se coloca a questão da existência de um determinado método apto a fundamentar a prática da compreensão. A hermenêutica convive com a multiplicidade de métodos. O que está em causa é a explicitação das escolhas metodológicas.

O problema do método na perspectiva da abordagem hermenêutica do direito, portanto, não se resolve na defesa da ausência de metodologia mas, como afirma Giuseppe Zaccaria, no reconhecimento de que o uso do método está subordinado a uma determinada orientação filosófica⁴². A metodologia nunca é técnica neutra sem relação com uma constelação de valores e de idéias. A orientação metodológica nas ciências humanas e conseqüentemente no direito é determinada, em última análise, por uma escolha valorativa consciente ou inconsciente por parte do sujeito.

A própria hermenêutica pode ser vista como um dos paradigmas filosóficos determinantes do uso eficaz do método no processo de concretização do direito. Mas a hermenêutica não é teoria ou método. Ela é a possibilidade da consciência da finitude do método e da teoria⁴³. O conscientizar-se dos limites de uma ciência jurídica, todavia, ainda não habilita o sujeito envolvido na prática do compreender a lidar com as limitações da teoria. É necessário pôr em prática um

⁴² Em relação ao método Giuseppe Zaccaria afirma que *"La soluzione non consiste in un abbandono del metodo, come strumento tecnico per collegare realtà effettuale ed ipotesi teoriche, ma in suo uso filosoficamente consapevole."* (L'Arte Dell'Interpretazione - Saggi Sull'Ermeneutica Giuridica Contemporanea, pág. 39).

⁴³ Zeljko Loparic afirma que o pensamento da finitude é o agir instrumental para o qual o homem é convocado pelo próprio ser negativado. Para ele, no combate ao infinitismo tradicional da metafísica *"o homem tem que se deixar interpelar pela presença "mediatizada" pela ausência. Heidegger faz ver que o nosso pensamento da positividade precisa compenetrar-se daquela negatividade que não oblitera, como temia o infinitismo tradicional, mas que, pelo contrário, possibilita o acesso originário ao ser. Haverá necessidade de se pensar o não-ser no ser, o ocultamento no desocultamento da verdade, o in-devido em todo ter-que-ser. Haverá precisão em atentar para o "positivo" na "privação" que possibilita. Será incontornável reconhecer, na positividade do fundamento tradicional, a negatividade do retraimento possibilitador."* (Ética e Finitude, São Paulo, Educ, 1995, pág. 15).

modo de pensar que não seja apenas consciência dos limites da teoria ou da regra, mas que permita avançar para além do conceito e da lei positiva na direção da reconciliação entre teoria e prática e entre regra e situação fática. Um modo de pensar os limites da teoria e da lei positiva que seja essencialmente dialético.

O círculo hermenêutico do compreender pressupõe um modo de pensar dialético onde o saber derivado da compreensão estrutura-se no confronto de premissas e na problematização tópica de valores e evolui para uma conclusão materialmente válida e eficaz⁴⁴. O pensar dialético da hermenêutica estrutura-se na linguagem, na relação concreta do homem com o mundo⁴⁵.

A dialética que caracteriza o compreender hermenêutico não se assemelha à dialética idealista hegeliana⁴⁶. Está mais próximo da dialética marxista⁴⁷, embora com ela não se confunda, porque

⁴⁴ Para uma explicação mais detalhada da dialética implicada no círculo da compreensão ver supra Capítulo II, seção 6.

⁴⁵ Hans-Georg Gadamer escreve que "a experiência hermenêutica que procuramos pensar a partir do centro da linguagem não é seguramente experiência do pensar, no mesmo sentido que essa dialética do conceito, que pretende liberar-se por completo do poder da linguagem. E, no entanto, também na experiência hermenêutica, encontra-se algo como uma dialética, um fazer da própria coisa, um fazer que, à diferença da metodologia da ciência moderna, é um padecer, um compreender, que é um acontecer." (Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica, 2.ª ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 1998, pág. 674).

⁴⁶ Hegel afirma que a dialética é o "método segundo o qual, na ciência, o conceito se desenvolve a partir de si mesmo, progride e produz suas determinações de maneira imanente. (Princípios de Filosofia do Direito, Lisboa, Guimarães Editores, Lda., 1986, pág. 44).

⁴⁷ No posfácio da segunda edição de "O Capital - Crítica da Economia Política" Marx escreve que o seu método dialético "não só difere do hegeliano, mas é também a sua antítese direta. Para Hegel, o processo de pensamento, que ele, sob o nome de idéia, transforma num sujeito autônomo, é o demiurgo do real, real que constitui apenas a sua manifestação externa. Para mim, pelo contrário, o ideal não é nada mais que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem. Há quase trinta anos, numa época em que ela ainda estava na moda, critiquei o lado mistificador da

reportado a um saber prático e a uma concreta forma-de-vida. O compreender hermenêutico distancia-se do modelo da dialética marxiana porque não concebe a história como força inexorável a que está sujeito o homem no mundo. Para o pensamento hermenêutico, a história não está comprometida com um objetivo finalisticamente idealizado que disciplina a ação do homem no presente. Do ponto de vista hermenêutico, a história adquire sentido através da experiência da vida em sociedade. A história, portanto, é também ela um compreender existencial que se manifesta na experiência concreta de uma determinada forma-de-vida. Para a hermenêutica o acontecer histórico não está predeterminado porque a história é construção e experiência.

Não existe subordinação de natureza lógica entre a ordem normativa e a realidade fática, ou entre uma superestrutura econômico-jurídica e uma infra-estrutura de relações sociais e de

dialética hegeliana. Quando eu elaborava o primeiro volume de O Capital, epígonos aborrecidos, arrogantes e mediócras que agora pontificam na Alemanha culta, se permitiam tratar Hegel como o bravo Moses Mendelssohn tratou Espinosa na época de Lessing, ou seja, como um "cachorro morto". Por isso, confessei-me abertamente discípulo daquele grande pensador e, no capítulo sobre o valor, até andei namorando aqui e acolá os seus modos peculiares de expressão. A mistificação que a dialética sofre nas mãos de Hegel não impede, de modo algum, que ele tenha sido o primeiro a expor as suas formas gerais de movimento, de maneira ampla e consciente. É necessário invertê-la para descobrir o cerne racional dentro do invólucro místico. Em sua forma mistificada, a dialética foi moda alemã porque ela parecia tornar sublime o existente. Em sua configuração racional, é um incômodo e um horror para a burguesia e para os seus porta-vozes doutrinários, porque, no entendimento positivo do existente, ela inclui ao mesmo tempo o entendimento da sua negação, da sua desapareção inevitável; porque apreende cada forma existente no fluxo do movimento, portanto também com seu lado transitório; porque não se deixa impressionar por nada e é, em sua essência, crítica e revolucionária." (São Paulo, Abril S/A Cultural, Tomo 1, vol. I, 1983, pág. 20/21).

produção⁴⁸. A ordem jurídica é também construção que se realiza na experiência concreta das relações sociais.

Não está pressuposto no compreender hermenêutico um agir em busca do novo que não esteja compreendido na história. A natureza crítica do pensamento hermenêutico não se restringe a apontar a contradição que se manifesta no confronto do conceito com a realidade que, uma vez superada, conduzirá a novo patamar de relações sociais e de conhecimento científico. A crítica hermenêutica está inserida no acontecer histórico onde se manifesta o descompasso entre o conceito e a realidade fática. A crítica hermenêutica é crítica imanente à história. Ela revela a desumanidade da separação entre o conceito e a realidade, que se manifesta de forma contraditória na concretude das relações sociais. O conceito, desse modo, é a representação da desumanidade das relações sociais, porque o descompasso entre o conceito e a realidade se manifesta na particularidade de uma determinada forma-de-vida, onde nem o conceito e nem a contradição que ele representa, podem ser ignorados. Torna-se necessário, portanto, ir além do conceito,

⁴⁸ Deve-se ressaltar, todavia, conforme defende Pachukanis, que o direito é determinado pelo modo de produção capitalista, ainda que não de forma imediata. Existe uma sobredeterminação entre a forma jurídica e a forma mercadoria. Ver Capítulo III, Seção 8.

através do conceito, para demonstrar a injustiça e o não-verdadeiro que o conceito encerra⁴⁹.

A compreensão hermenêutica da posse e do direito de propriedade, na realidade social e jurídica brasileira, não deve sustentar-se no abandono sistemático dos conceitos de posse e de propriedade construídos ao longo da história, ou mesmo na desconsideração da concepção normativa da propriedade e da posse. É relevante para a hermenêutica demonstrar as limitações das premissas normativas e conceituais para tratar dos fenômenos da posse e da propriedade no Brasil.

Uma dialética hermenêutica que se qualifica como crítica imanente aos conceitos jurídicos e à ordem normativa, inseridos na realidade histórica, reconhece, desde logo, a impossibilidade da emergência de uma práxis onde a contradição entre conceito e realidade possa conduzir a novo estágio histórico de saber e de sociabilidade. No presente momento histórico, a contradição que o pensar dialético exprime está impossibilitada de resolver-se positivamente porque permanece a injustiça que impede a realização material do ideal de justiça e de verdade no mundo⁵⁰.

⁴⁹ Esta idéia, segundo Marcos Nobre, traduz o objetivo de Theodor W. Adorno de alcançar um conceito de dialética transformado, mesmo que esse novo conceito venha a por em dívida as possibilidades do pensamento dialético. (Ver A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso, São Paulo, Fapesp/Editora Iluminuras Ltda, 1998, pág. 147).

⁵⁰ No capitalismo tardio, o equilíbrio do processo de trocas é administrado e não depende mais das "leis naturais de mercado", apesar do discurso neoliberal do momento. Desse modo, segundo Marcos

Nem por isso a possibilidade material do justo e do verdadeiro deixa de manifestar-se na realidade social do presente. A justiça e a verdade surgem na realidade histórica da não-verdade e da injustiça como promessa de concretização. Na direção da concretização desta promessa, a hermenêutica tenta recuperar o saber prático, o valor da experiência, o existencial da compreensão ignorado pela abstração conceitual. A dialética que serve à hermenêutica, todavia, não pode operar positivamente a partir da realidade social da injustiça para concretizar o ideal do justo concreto e

Nobre, o percurso do ato de conhecer, marcado pela passagem da abstração conceitual para a prática, está bloqueado por uma profunda transformação interna ao modo de produção capitalista que tende a perpetuar-se de forma a que a práxis, que possibilitaria a reconciliação entre teoria e prática e consequentemente com a verdade, foi adiada por tempo indeterminado. A verdade, assim, não pode emergir nas condições sociais do presente, mas não desapareceu do horizonte da realidade social a possibilidade de concretização da utopia que ela representa. Em função deste impasse, a dialética se constitui na ontologia do estado falso, da configuração social contraditória, paralisada na contradição, onde inviabilizada a concretização da verdade. A questão a ser colocada então é a de como exprimir o verdadeiro no estado falso em que a práxis constitutiva do saber está paralisada porque a contradição que o constitui já não pode ser superada positivamente. Se o acesso a verdade permanece bloqueado, então o conceito se mantém como ilusão social historicamente necessária e contingente do que é verdadeiro. Trata-se de ilusão socialmente necessária porque a realidade social impede o agir constitutivo do ato de conhecimento. Por isso, a dialética é a evidência de um estado falso de identidade, de verdade precária, diante da possibilidade concreta da realização da utopia. No estado reconciliado onde possível a práxis e a emergência da verdade, a dialética perderia sentido porque ausente a contradição. Daí que no estado falso, a dialética não se resolve no sentido positivo. Ela apenas demonstra e reconhece o que constitui a falsidade do existente. O estado falso é compreendido como negativo, como insuficiência diante da possibilidade concreta da emergência da utopia da reconciliação. A dialética negativa então é a ilusão socialmente necessária, pois todos os conceitos se orientam para o não-conceitual de que são parte, uma vez que a abstração conceitual assume a forma de dominação social historicamente determinada pelo desenvolvimento das forças produtivas. Como o conceito ainda não pode contemplar toda a verdade que está na relação entre teoria e prática que se manifesta na práxis, ele permanece prisioneiro de uma insuficiência inevitável. É essa insuficiência inevitável que qualifica a dialética como negativa. (ver *A Dialética Negativa* de Theodor W. Adorno - *A Ontologia do Estado Falso*, pág. 165 e seguintes). José Arthur Giannotti também aponta os limites da dialética quando afirma que "*A relação dialética das forças produtivas com as relações sociais de produção possui limites a serem determinados, não pode ser tomada como panacéia universal capaz de explicar todo tipo de sentido das relações sociais. Da substância capital começam a escapar forças produtivas e relações sociais de produção que não mais se subordinam à sua boa infinidade ilusória, sem que esse estilhaçamento do sistema capitalista prefigure seu avesso.*" (Certa Herança Marxista, São Paulo, Cia. das Letras, 2000, pag. 229). Em relação a Giannotti, Roberto Schwarz adverte que a socialização contraditória pela forma mercadoria não autoriza estender os seus esquemas elementares, de modo direto, aos impasses que inviabilizam o impulso de superar a ordem do presente. (Ver *O neto corrige o avô.* in Folha de S. Paulo, 04 de Março de 2001, Mais!, pág. 6 e seguintes).

da verdade⁵¹. O que ela pode é demonstrar a permanência do estado falso que revela a contradição entre conceito e realidade e que tende a perpetuar-se. Ela pode demonstrar também a insuficiência inevitável do conceito que permanece restrito a explicar um modo de dominação historicamente determinado pelo desenvolvimento das relações de produção.

A dialética constitui o modo de pensar a essência contraditória do estado falso que impede a práxis emancipadora e a reconciliação entre teoria e prática. A verdade e o justo, todavia, não podem concretizar-se no mundo mediante simples evolução linear, a partir do estado falso. A dialética, desse modo, opera negativamente, posto que ela é chamada a explicitar as contradições das relações sociais do presente e o fundamento da persistência na realidade histórica do não-verdadeiro e da injustiça. A dialética negativa permite denunciar os limites do conceito e, ao mesmo tempo, romper os obstáculos que impedem a práxis emancipadora de possibilitar a reconciliação entre teoria e prática e a emergência do justo e da verdade na realidade social e histórica.

⁵¹ Marcos Nobre escreve que, "não se trata, como no jovem Lukács, do momento de uma unidade superior, de uma falsidade dirigida para a verdade que a redimirá, para a verdade que finalmente lhe dará o seu devido sentido, como numa teodicéia materialista e atéia. Trata-se de uma falsidade que já deveria ter sido suprimida e que não o foi, razão pela qual o objeto primeiro de investigação tem de ser exatamente o fundamento da persistência da injustiça. E essa investigação, por sua vez, tem por impulso original exatamente a emancipação não realizada, fonte de luz única a iluminar o objeto da investigação, a organização social vigente." (A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso, pág. 158).

O modelo da dialética negativa serve à hermenêutica na tarefa de voltar-se para a concretude do mundo, onde produzidas e reproduzidas as relações sociais, e de identificar nele os limites da ordem jurídica e do conceito. O modo de pensar da dialética negativa não está preocupado com a busca de um conceito definitivo de tutela da posse e do direito de propriedade ou com a evolução da propriedade e da posse convertida em nova forma de apropriação de bens, a ser materializada numa realidade social futura, mítica e idealizada. A dialética negativa quer demonstrar os limites do conceito de posse e de propriedade na realidade social do presente. Pretende também evidenciar o modo como essa limitação impede a emergência de um saber que possa tanto quanto possível dar conta da relação entre teoria e prática e, ao mesmo tempo, assegurar no presente a efetividade material da posse e do direito de propriedade.

Enquanto denúncia dos limites do conceito, a dialética negativa é também tentativa de ultrapassá-los na direção da concretização de uma práxis que possa romper com os obstáculos que impedem a realização do ideal de justiça no mundo. Por isso, a dialética negativa não é conformista. Antes, ao contrário. Ela é a ferramenta do pensar e do pensamento que faz a denúncia da permanência da não-verdade e da

injustiça no mundo. Expressa a tensão entre a persistência de uma realidade social desumana e a possibilidade concreta da reconciliação entre teoria e prática, que no fundo é reconciliação existencial entre os homens.

A dialética negativa que serve de suporte para a compreensão hermenêutica não constitui metodologia do saber hermenêutico. Do mesmo modo que a hermenêutica, a dialética negativa é paradigma filosófico que confere racionalidade ao conhecimento jurídico e ao processo de concretização de direitos.

Nem a hermenêutica, nem a dialética negativa estão comprometidas com a formulação teórica. A construção teórica está impossibilitada pela persistência da injustiça na realidade social do presente e pela precariedade que constitui a essência do compreender e da compreensão. Por isso, sem a emergência de uma práxis emancipadora permanece inviabilizada a construção de uma teoria em torno da tutela concreta da posse e do direito de propriedade na realidade social e jurídica brasileira.

A impossibilidade material da formulação de uma teoria da tutela concreta da posse e do direito de propriedade, não elimina o fato de que o fenômeno da posse e da propriedade continua a manifestar-se na realidade e reclama tutelas

comprometidas com efetividade dos direitos. O jurista, portanto, está obrigado a dar conta dos fundamentos teóricos e práticos da tutela concreta da posse e do direito de propriedade no presente. A compreensão do que seja posse, ou propriedade, ou tutelas diferenciadas ou mesmo o processo de concretização de direitos não ocorre apenas no bojo de uma formulação teórica, mas está atrelada a uma inserção do sujeito no mundo e, conseqüentemente, a um saber prático conectado ao saber teórico. O conceito abstrato da realidade não faz sentido para a hermenêutica e para a dialética negativa. O que faz sentido nestas circunstâncias é a relação dialética, possibilitada pelo pensar tópico-problemático do círculo da compreensão, entre saber teórico e saber prático.

Quando a formulação teórica já não é suficiente para exprimir o conhecimento porque o conhecimento, que não se restringe a abstração do conceito, está atrelado a um saber prático, é necessário retomar a forma do ensaio para estabelecer a relação necessária entre teoria e prática.

O ensaio trabalha com a tensão que os limites do dogmatismo representa para a emergência da verdade. De acordo com Manuel da Costa Pinto, desde Montaigne, o ensaio tem como características a atitude

antidogmática, a concentração na subjetividade e a criação de uma escrita não metódica⁵².

Não deixa de ser característico do direito um modo de compreender a juridicidade que está muito próximo da forma do ensaio. No modo de pensar o direito quase sempre se mesclam elementos teóricos, observações pessoais do jurista sobre fatos da vida, análises da casuística jurisprudencial, etc., invocados para justificar a defesa de um ponto de vista em determinado contexto argumentativo, seja no curso do processo, seja na formulação de uma teoria. Como o direito não é um dado que possa ser individualizado e definido de forma objetiva e sim algo em permanente construção, a forma do ensaio permite compreender os fundamentos constitutivos do saber jurídico no momento em que materializada a relação entre teoria e prática ou em que concretizados os direitos. O ensaio possibilita formular a crítica da insuficiência do conceito, a partir do não-conceitual, e identificar os valores inscritos na singularidade da experiência⁵³.

⁵² Para Manuel da Costa Pinto, o ensaio não é uma variação subjetivante dos tratados filosóficos, mas uma forma de percepção do real que, suspendendo as verdades sobre a essência dos objetos do mundo, e embora não possuindo ainda um saber que preencha este vazio, vai construindo seu novo universo de representações por meio de um movimento onde a lembrança daquilo que se rejeita é o contraveneno para o dogmatismo. (Albert Camus - Um Elogio do Ensaio, São Paulo, Ateliê Editorial, 1998, pág. 23 e seguintes).

⁵³ Sobre a crítica que a forma do ensaio encerra Marcos Nobre lembra que, para Adorno, o conluio entre mito e conceito somente pode ser racionalmente denunciado "se a "insuficiência inevitável" do conceito for trazida à luz em experimentos ensaísticos concretos." (A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso, pág. 170).

Os fundamentos da tutela concreta da posse e do direito de propriedade, na realidade social e jurídica brasileira, podem ser compreendidos através da forma do ensaio, apoiada nas premissas da hermenêutica filosófica e da dialética negativa.

Capítulo IX

A Posse e o Direito de Propriedade na Perspectiva do Caso Concreto¹

Seção 24

A Concretização da Função Social da Posse e do Direito de Propriedade

A intervenção estatal no domínio econômico exigiu tutela constitucional de interesses comunitários ou públicos, mesmo no tocante a relações jurídicas da esfera do direito privado. A funcionalização da posse e do direito de propriedade insere-se no conjunto de novos paradigmas contemplados pelas constituições contemporâneas para a reorientação valorativa e finalística do exercício da posse e dos poderes proprietários, de forma a preservar os interesses comunitários, sem necessariamente negar o papel da iniciativa individual para o desenvolvimento social e econômico dos povos.

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos a partir da Constituição de 1988, já não é

¹ O desenvolvimento deste capítulo iniciou-se com as monografias "Direito Constitucional de Posse e Propriedade na Realidade Social, Econômica e Jurídica Brasileira" e "Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano" relativas às disciplinas de Tendências do Direito Constitucional Contemporâneo e Críticas às Instituições Fundamentais de Direito Civil, ministradas em 1999, no curso de doutorado em direito da UFPr, pelos Prof. Drs. Clemerson Merlin Clève e Carmem Lúcia Silveira Ramos.

mais possível isolar a propriedade de sua função social, de forma a reconhecer um suposto núcleo conceitual infenso à funcionalização. A função social penetra a estrutura do direito de propriedade de forma a que o exercício dos poderes proprietários não diz respeito apenas à relação do proprietário com a coisa, mas está subordinado a uma orientação finalística que considera o uso da coisa e a relação social e historicamente situada entre proprietários e não-proprietários². Reconhecer na função social da propriedade a condição de encargo externo ao direito de propriedade que, em tese, não obrigaria o proprietário, equivale a ignorar toda a construção teórica que, ao longo do século XX, tentou preservar a propriedade ao introduzir no seu conceito elementos de caráter humanístico para reorientar o alcance dos poderes conferidos ao proprietário, desde o direito romano³. A função social integra a essência da propriedade de modo que, na modernidade, passou a constituir-se em garantia da tutela jurídica do direito de propriedade⁴. A

² Para Eros Roberto Grau com a função social "a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso." (Direito Urbano, Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1983, pág. 65).

³ Ver supra Capítulo III, Seção 8, e Capítulo IV, Seção 9.

⁴ Anna de Vita primeiro adverte que "L'errore piú comune è stato quello di ostinarsi a configurare l'aspetto funzionale come limite generale, quantitativo, dilatazione macroscopica delle tradizionali restrizioni che ogni ordinamento há dovuto imporre - in misura piú o meno estesa e sotto la pressione di molteplici esigenze collettive - all'esercizio del diritto di proprietà. La funzione è apparsa così una contaminazione, un'involuzione pericolosa del concetto di proprietà, il cui titolare si vorrebbe asservire alla cura di interessi antitetici al proprio." Depois, ressalta que "quando il diritto soggettivo si incontra con le esigenze della comunità un

propriedade não é o *prius* a que se conecta o *posterius* da função social. A propriedade contém a função social sem que o fato de contê-la venha a reduzi-la a mera propriedade-função onde diluídos os poderes proprietários.

A extensão dos poderes proprietários na propriedade funcionalizada é medida através da relação concreta entre proprietários e não-proprietários. A função social enriquece a propriedade porque confere ao exercício dos poderes proprietários valor que ultrapassa a relação entre o proprietário e a coisa. A funcionalização valoriza a utilidade individual e coletiva proporcionada pelo uso do bem direcionado para o objetivo finalístico traçado pelo ordenamento jurídico⁵.

O conceito de propriedade não se completa sem que considerada a função social. Diante do princípio da função social, a natureza abstrata do conceito de propriedade perde sentido porque a funcionalização reintroduz na noção de propriedade

mutamento nelle ragioni dell'attribuzione di poteri ai soggetti privati appare inevitabile. E la funzione sociale, manifestazione del diritto di proprietà nella sua fase di esercizio, di realizzazione in una realtà che è realtà sociale, diviene allora giuridicamente significativa. Affrancandosi dalla dipendenza concettuale della speculazione pubblicistica, per cui i termini funzione e diritto soggettivo appaiono drasticamente inconciliabili, la scienza giuridica si volge verso costruzioni più rappresentative dell'evolversi di un sistema strutturato non solo in funzione della proprietà individuale, ma della proprietà integrantesi nel processo produttivo. Se il limite incide quantitativamente sul contenuto del diritto, il momento funzionale è invece il risultato di una maturazione, di un affinamento della vicenda limitatrice. La metamorfosi ha carattere qualitativo. La proprietà-funzione sociale diviene lo strumento per la protezione di interessi che sono eteroindividuali. (La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea - Analisi Comparativa del Diritto Francese, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 171/172).

valores relacionados à utilidade e ao uso da coisa objeto da propriedade. Pensar a funcionalização implica quase sempre um olhar metajurídico, voltado para a realidade social, que, entretanto, não perde a perspectiva da juridicidade. O conceito de propriedade funcionalizada não depende apenas de uma formulação teórica abstrata, sem relação com os valores da realidade social e histórica em que inserido o exercício dos poderes proprietários. A utilidade social do uso da coisa que a funcionalização tutela é valor integrado à concretude do mundo que, obviamente, transcende os limites do conceito⁶. O princípio da função social, portanto, direciona o conceito de propriedade para a recepção de valores ligados à realidade social e histórica em que inseridos a situação proprietária concreta e o conflito entre proprietários e não-proprietários. Através do princípio da função social supera-se a concepção individualista da propriedade que evolui para a idéia de propriedade que considera a dinâmica da vida em sociedade.

Uma vez considerado que os elementos da função social estão vinculados à realidade social e histórica, qualquer tentativa de conceituá-la

⁵ Giovanni Silvio Coco ressalta que a função social é "*la possibilità di strumentalizzare i diritti per il conseguimento e il potenziamento di una determinata utilità sociale.*" (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pág. 167).

⁶ Para Giovanni Silvio Coco a utilidade social que a funcionalização do direito de propriedade objetiva se dirige ao benefício social máximo que é possível obter da apropriação de bens que

sem levar em conta esta vinculação estará sujeita ao fracasso. A idéia de função social contempla uma atividade por parte do proprietário tendente a concretizar na realidade social e histórica determinado objetivo homogeneizador integrado a ordem jurídica que qualifica o modo de apropriação de bens, notadamente, de bens de produção. A função social, todavia, é mais ampla que a função econômica⁷. A funcionalização inscreve na concretude das relações sociais e de produção uma dinâmica que busca realizar objetivos de justiça social. O conteúdo finalístico do direito de propriedade e da posse obriga o proprietário e o possuidor na relação social e jurídica concreta com os não-proprietários e os não-possuidores⁸.

deve ser medido pelo atendimento dos princípios constitucionais fundamentais, considerada a realidade social e histórica concreta. (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, pág. 171).

⁷ Os institutos jurídicos se constituem de um complexo de normas de efeitos múltiplos. Embora interfira no processo econômico, o princípio da função social da propriedade contempla valores mais amplos que aqueles diretamente ligadas a economia. No caso da ordem constitucional brasileira, o princípio da função social da propriedade deve garantir a dignidade da pessoa humana que é valor que transcende o campo estritamente econômico. Função social se refere a benefício social, a melhora da qualidade de vida. Sobre a diferença entre função social e função econômica dos institutos jurídicos ver Karl Renner, Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Sociale, Bologna, Società Editrice il Mulino, 1981).

⁸ Giovanni Silvio Coco afirma que a função social tem uma fase estática e outra dinâmica. Para ele "nella fase statica opera come limite in due sensi: in quanto stabilisce quali tipi di proprietà, per la loro estensione, distribuzione e, in generale, per la loro corrispondenza all'utilità sociale, siano forniti di garanzia costituzionale, e in quanto legittima i limiti, ove questi siano apportati per la tutela e il promovimento dell'utilità sociale. Non pare però che essa possa incidere ulteriormente sulla struttura del diritto, in quanto questo, nei limiti in cui è riconosciuto e con i limiti che gli si possono apportare, per scopi di utilità sociale, rimane conforme al modello classico. Diversa è invece l'operatività della funzione nella fase dinamica. Qui essa incide sull'attività di utilizzazione e di sfruttamento della cosa, legittimando l'imposizione di qualsiasi imperativo di fare o di non fare, ove questo si renda necessario, per impedire che dalla soddisfazione dell'interesse privatistico del proprietario derivi una compressione o una limitazione dei diritti fondamentali dei cittadini, ovvero per promuovere l'utilità sociale. La funzione, non solo limita il riconoscimento del diritto, ma ne condiziona, in certo senso, l'esercizio e quindi la struttura e la dimensione. La dottrina, evidenziando la duplice operatività della funzione sociale, ha sostanzialmente ammesso la necessità di delineare una nuova dimensione del diritto di proprietà, in cui la posizione del soggetto è visualizzata come attività per l'utilizzazione e lo sfruttamento della cosa, nel quadro dei rapporti con i concorrenti e contrastanti interessi di altri soggetti." (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, pág. 205).

Não é possível, desse modo, formular um conceito de função social dissociado da consideração dos elementos principiológicos de determinado ordenamento jurídico e dos valores inerentes a uma realidade social historicamente situada. A função social integra o direito de propriedade compreendido na situação proprietária concreta e na interação entre proprietário e não-proprietários. O direito de propriedade funcionalizado surge na concretude do mundo marcado pelos valores da situação fática. Com a funcionalização, a propriedade não se vincula a uma titularidade abstrata. A propriedade passa a ser considerada relação inserida na história e na concretude das relações sociais e de produção. O proprietário deixa de ser visto como indivíduo a quem a ordem jurídica privilegia com a outorga do poder de usar e gozar da coisa de forma absoluta e passa a ser considerado cidadão que, ao se tornar titular do direito de propriedade, paralelamente às faculdades próprias dos poderes proprietários, assume também obrigações que devem ser satisfeitas no exercício concreto do direito. Está implícito na função social, portanto, a valorização do exercício efetivo dos poderes proprietários em detrimento da outorga formal do título de propriedade ao proprietário, sem compromisso, neste caso, com a exploração sócio-

econômica efetiva da coisa objeto da propriedade. A função social, neste sentido, é elemento finalístico que obriga o conceito de propriedade a assimilar os valores da realidade em que exercidos os poderes proprietários. Somente através do compreender hermenêutico que insere o intérprete no mundo torna-se possível captar o sentido e o significado que a função social assume no interior do ordenamento jurídico⁹. Quanto mais intensa a funcionalização, mais evidente se torna a limitação de um conceito de propriedade formal e abstrato que deve, por isso, ser denunciado como limitado porque a denúncia aponta para a possibilidade de uma reformulação conceitual reconciliada com a experiência do homem no mundo, capaz de realizar o ideal de justiça material contemplado pela ordem jurídica.

A Constituição Brasileira de 1988 trata da função social da propriedade em vários artigos, de forma explícita. Não existe no texto constitucional, entretanto, qualquer referência à função social da posse. Antes da propriedade, é a posse que está mais estreitamente ligada à realidade fática e que, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização¹⁰.

⁹ Ver supra Capítulo II, Seção 6, e Capítulo VIII, Seções 22 e 23.

¹⁰ Sobre o aspecto social da posse Antonio Hernandez Gil diz que *"es la institución de mayor densidad social en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior;*

A posse é fato e como fato revela a amplitude da sociabilidade humana que escapa a sistematicidade do direito. Tem razão Pontes de Miranda quando, ao reconhecer a natureza da posse como fato, afirma que a posse que ocorre no mundo fático deve ser vista a partir do mundo jurídico como fato e não como direito¹¹. A posse materializa a apropriação direta da coisa, embora seja relação entre pessoas e não entre pessoas e coisas. A apropriação que caracteriza a posse ocorre independentemente de qualquer mediação jurídica. A posse assegura a satisfação imediata das necessidades da pessoa humana¹².

O ato da posse é essencialmente finalístico. A função social, portanto, não é exterior à posse mas elemento que se integra ao seu conteúdo, posto que a apropriação de bens é determinada pelas necessidades humanas e pelas relações sociais¹³. Se no

y es una institución tan apoyada en el acontecer social que su ordenación jurídica resulta en cierto modo como incipiente. La densidad social de la posesión estriba, a nuestro juicio, en ser una forma de exteriorización del hombre hacia el mundo de los objetos que se muestra como inevitable o insuprimible; esa exteriorización, que es susceptible de múltiples condicionamientos políticos-económicos, en cuanto posesión, tiene que, de algún modo, darse siempre. La distinción, tan fecunda, que formula Max Weber entre una economía cerrada y una economía de mercado, generadora de dos grandes mundos jurídicos entre sí diferentes y antitéticos, deja siempre a salvo la posesión." (La Función Social de La Posesión, Madrid, Alianza Editorial S/A, 1969, pág. 105).

¹¹ Ver Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, Tomo X, pág. 66.

¹² Antonio Hernandez Gil escreve que "la posesión es la institución jurídica - o más ampliamente, la categoría del pensar jurídico - dotada de esencialidad y entidad suficientes para constituir la estructura expresiva de la insuprimible necesidad de los bienes integrados en el "espacio vital alimenticio" y en el "espacio vital de radicación". (La Función Social de La Posesión, pág. 155).

¹³ A função social de acordo com Antonio Hernandez Gil "forma parte de la esencia de la posesión. No es algo que se le agrega, modificándola o limitándola. Podría hablarse de la función constitutiva invariable. En la existencia histórica, claro es, fluye o se oculta, experimenta múltiples mutaciones. Invariable no quiere decir inmóvil. El acontecer social, como el individual, es un proceso. Invariable significa presencia como proceso, no irreversibilidad o estatismo. La sociedad, el Estado, las formas de organización de una y otro son, en rigor, de

caso da propriedade a função social somente pode ser delimitada à luz da situação concreta tutelada pelo direito, como defende inclusive Ana Prata¹⁴, no caso da posse, *a fortiori*, o aspecto contingente e processual da função social tem maior relevância.

A função social da posse configura-se como fato. Qualquer tentativa de definir a função social da posse *a priori* é limitadora do seu exercício posto que, conforme afirma Antonio Hernandez Gil, ao contrário da propriedade, onde a função social atua no limite do eliminável, considerada a perspectiva do proprietário, na posse a funcionalização se insere no âmbito do imprescindível¹⁵.

Daí talvez a opção da Constituição Brasileira de 1988 de não se referir de modo expresso à função social da posse. É provável que para a Constituição a função social da posse esteja inserida na dinâmica da história e da sociabilidade que o ordenamento jurídico contempla e tutela na medida do seu acontecer. Mas é possível também que o texto constitucional tenha preferido tutelar de forma explícita a função social da propriedade, que é compatível com a existência do mercado e do sistema de

hecho, etapas, factores, en fin, de la estructura-función; incluso los propios conceptos explicativos, aunque más lentamente, cambian. Invariable arguye al estar en el proceso y a la visión del mismo, al mostrarse en nosotros como tal." (La Función Social de la Posesión, pag. 214).

¹⁴ Ver Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Coimbra, Livraria Almedina, pág. 162 e seguintes.

trocas, e tenha evitado fazê-lo em relação à função social da posse para não correr o risco de revigorar o valor de uso em detrimento do valor de troca.

A funcionalização diz respeito a apropriação da terra e dos bens de produção e não à apropriação de bens em geral que, se reconhecida, neste último caso, poderia inviabilizar o principal fundamento teórico e prático do capitalismo, que é a obtenção de lucro através da troca de bens no mercado. O alcance da função social da posse, ao contrário do que sucede com a propriedade, pode mais facilmente romper com a estrutura de trocas que viabiliza o mercado, na medida em que revitaliza o princípio primário do valor de uso dos bens.

De qualquer modo, assim como o texto constitucional atribuiu valor jurídico ao fato da posse quando, por exemplo, reconheceu o direito do possuidor a adquirir o domínio (artigos 183 e 191), é certo que, implicitamente, tutelou também a função social da posse, que está integrada a essência fática da posse e que a qualifica pela finalidade de atendimento das necessidades humanas.

Em relação à propriedade, o princípio da função social inscrito na Constituição Federal de 1988 deve ser analisado em duas

¹⁵ Ver La Función Social de la Posesión, pág. 174.

perspectivas: a da propriedade da terra no campo e a da propriedade do solo urbano.

O inciso III, do artigo 170, da Constituição elevou a função social da propriedade a princípio estruturante da ordem econômica. O princípio da função social expressa finalidade definida pelo interesse público para o uso e o aproveitamento da coisa objeto da propriedade que é imposta ao proprietário para o exercício dos poderes proprietários. A funcionalização, portanto, não se limita na Constituição a qualificar externamente o direito de propriedade, mas atua na esfera do exercício do direito impondo obrigações positivas a serem observadas pelo titular no exercício dos poderes proprietários¹⁶. Mesmo que admitida a possibilidade de indenização para o proprietário que não cumpre a função social¹⁷, não resta dúvida que o descumprimento do objetivo finalístico no exercício dos poderes proprietários representa desvalor perante a ordem jurídica brasileira. O descumprimento da função social autoriza a imposição de sanções que podem culminar com o ato coativo de desapropriação para permitir o uso e o aproveitamento do bem condizente com a utilidade eleita

¹⁶ Nesse sentido, ver José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 11.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996, pág. 272 e seguintes.

¹⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello o descumprimento da função social pelo proprietário não retira proteção jurídica ao direito de propriedade porque o proprietário destituído do exercício dos poderes proprietários terá direito a indenização. (Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público, in Revista de Direito Público, n.º 84, pág. 39 e seguintes).

pelo interesse público. Não se pode negar que a desapropriação assume nesse contexto verdadeiro caráter punitivo, ainda que abrandado pelo direito à indenização que, diga-se de passagem, muitas vezes, não atinge valor suficiente para compensar a lucratividade que o proprietário obteria com a exploração econômica da coisa objeto da propriedade¹⁸. A indenização decorrente da desapropriação não ocorre porque a ordem jurídica esteja a tolerar o descumprimento da função social da propriedade¹⁹. Com a desapropriação, o proprietário perde o direito ao exercício dos poderes proprietários sobre a coisa. A perda ocorre porque a ordem jurídica deixa de assegurar tutela ao exercício do direito de propriedade que se mostra contrário aos valores finalísticos integrantes do princípio da função social.

A funcionalização assume no ordenamento jurídico brasileiro papel dinamizador da cidadania²⁰ ²¹. Na ordem jurídica brasileira, a

¹⁸ O artigo 45, da Lei 9985/2000 que trata do sistema nacional de conservação ambiental contempla a possibilidade de desapropriação com exclusão da indenização de juros compostos e de expectativas de lucros cessantes, o que reforça o caráter obrigacional da funcionalização no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹ Fabio Konder Comparato escreve que "a Constituição brasileira impõe o pagamento de justa indenização e, não, de indenização pelo valor de mercado. A justiça indenizatória, aí, é uma regra de proporcionalidade, tendo em vista a situação concreta de cada caso. Indenizar pelo valor venal da coisa o expropriado que desatendeu à função social da propriedade não é uma sanção punitiva: é um prêmio conferido àquele que desrespeitou o direito humano alheio." (Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios n.º 10, ano 5, Julho/Dezembro de 1997, pág. 43 e seguintes).

²⁰ Francisco Cardozo Oliveira, Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano, pag. 28 e seguintes.

²¹ A dinâmica da efetividade dos direitos de cidadania deve romper com os limites da cidadania regulada a que se refere Wanderley Guilherme dos Santos que, segundo ele, desde 1930, pelo menos,

funcionalização está direcionada para o objetivo de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana²² e, conseqüentemente, aos princípios e direitos fundamentais²³, entre eles, o de assegurar a redução de desigualdades e de promover o desenvolvimento nacional e o bem-estar de todos, conforme o disposto no artigo 3.º, da Constituição Federal de 1988²⁴.

A própria Constituição fixa os parâmetros reconhecidos válidos para medir o grau de utilidade social e de uso dos bens objeto da propriedade, compatíveis com a observância do interesse público e os objetivos finalísticos que a funcionalização encerra²⁵. No caso da propriedade da terra no campo, os parâmetros para aferição da

integrou a engenharia constitucional brasileira e que se restringe a conceber o cidadão como aquela pessoa que mantém ocupação reconhecida ou definida por lei. (Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática, Rio de Janeiro, Editora Rocco Ltda., 1998, pág.63 e seguintes). Na linha do pensamento de Hannah Arendt, a cidadania efetiva deve estar orientada pelo princípio do direito a ter direitos efetivos (Ver Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt, São Paulo, Cia. das Letras, 1988, pág. 146 e seguintes).

²² Ingo Wolfgang Sarlet depois de afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar e uniformizador de toda a ordem constitucional escreve que "o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo." (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda, 1998, pág. 110).

²³ Para Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz a promoção e a consagração da liberdade na história ocorre por meio da realização dos direitos fundamentais tutelados na Constituição do Estado de Direito (Constituição e Hermenêutica Constitucional, Belo Horizonte, Mandamentos Livraria e Editora, 1998, pág. 94).

²⁴ Nesse sentido, ver Gustavo Tepedino, Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional, in Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, IEP, 1991; e André Osório Godinho, Função Social da Propriedade, in Problemas de Direito Civil - Constitucional, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 2000, pág. 397 e seguintes). Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que os princípios fundamentais cumprem função de referencial hermenêutico para a concretização dos direitos fundamentais tutelados na Constituição de 1988. Os princípios fundamentais, de acordo com Sarlet, fornecem os elementos para a construção do conceito material de direitos fundamentais de que está incumbida, inclusive, a atividade interpretativa. (Ver a Eficácia dos Direitos Fundamentais, pág. 115 e seguintes).

²⁵ André R. C. Fontes afirma que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de limites ao exercício do direito de propriedade, consagrou a teoria da utilidade social mitigada de forma que a propriedade deve atender a finalidades de interesse público. (Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade, in Problemas de Direito Civil - Constitucional, pág. 435 e seguintes).

utilidade social e do uso condizentes com o princípio da função social encontram-se traçados principalmente na regra do artigo 186, da Constituição. Os requisitos elencados pela Constituição, no artigo 186, voltados para a exploração socialmente útil da terra, contemplam objetivo homogeneizador na distribuição dos benefícios da riqueza produzida²⁶.

Em relação ao solo urbano, o artigo 182, da Constituição, reconhece no plano diretor o instrumento jurídico apto a tutelar bens e direitos que, em cada cidade, devem ser considerados relevantes para promover o bem-estar do cidadão e evitar que o espaço urbano seja transformado em garantia absoluta da reprodução e da acumulação de capital²⁷.

Os artigos 182 e 186, da Constituição Federal de 1988, reservam à lei ordinária e à jurisprudência papel importante na disciplina das diretrizes capazes de assegurar a eficácia material do princípio da função social²⁸. Respeitados os limites

²⁶ Antonio José de Mattos Neto, ao tratar da função social da propriedade agrária, afirma que o conteúdo finalístico da função social da propriedade contempla a terra como fonte produtora de riquezas, mas não se detém no nível da relação homem-terra. Engloba também atividades agrárias de conservação e preservação do meio ambiente, de melhoria das condições sociais no meio rural, de controle de preços e de facilitação da comercialização de produtos agrícolas, entre outras. (Função Social da Propriedade Agrária: Uma Revisão Crítica, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial n.º 76, ano 20, Abril-Junho de 1996, pág. 72 e seguintes).

²⁷ O plano diretor é o instrumento jurídico próprio para disciplinar as limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade. Para Fernando Andrade de Oliveira referidas limitações administrativas estão incluídas no campo de incidência do princípio da função social da propriedade. (Ver Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1982, pág. 215 e seguintes).

²⁸ A tarefa cometida a legislação ordinária pela Constituição, não exclui a possibilidade da existência de direitos subjetivos deduzidos a partir do princípio constitucional da função social da propriedade, a exemplo do que já reconhecia José Afonso da Silva, quando tratou das chamadas situações subjetivas de vantagem, antes mesmo da vigência da Constituição de 1988. (Ver

constitucionais, está aberto à legislação ordinária e à jurisprudência a oportunidade de reconhecer os valores da situação de fato e, desse modo, tutelar o conteúdo finalístico da função social.

O espaço reservado à lei ordinária e à jurisprudência no estabelecimento dos critérios de verificação do cumprimento da função social permite que, no caso da terra no campo, seja possível disciplinar a relação entre proprietários e não-proprietários e a alocação de recursos em cada região do país necessários para assegurar a utilidade social do uso do bem objeto da propriedade. Nas cidades, a fixação dos critérios de cumprimento da função social da propriedade, pelo plano diretor, possibilita a participação significativa do cidadão na construção do espaço social urbano e no exercício efetivo do direito à cidade. Através da funcionalização supera-se a visão fragmentada do espaço, que se manifesta na propriedade de parcelas do solo, e abre-se oportunidade para a consideração prática e teórica da apropriação do espaço como totalidade.

Do ponto de vista da concretização dos direitos, a exemplo do que acontece com a posse, a funcionalização da propriedade somente é determinável à

luz dos elementos da situação concreta que reclama tutela.

Não se trata de mensurar a função social mediante elementos quantitativos de produção e de riqueza para o proprietário ou para o possuidor. A função social da posse e do direito de propriedade deve ser medida através da riqueza que o exercício da posse e dos poderes proprietários produz ou pode produzir para proprietários, não-proprietários, possuidores e não possuidores²⁹. Através deste critério interpretativo pode-se conceber a função social como instituto jurídico apto a transformar a realidade fática, na direção da concretização do ideal de justiça material tutelado pelo ordenamento jurídico.

A determinação do conteúdo da função social da posse e do direito de propriedade deve estar hermeneuticamente orientada para a busca da solução justa do caso concreto. A tutela da função social da posse e do direito de propriedade, na perspectiva da justiça do caso concreto, ultrapassa a visão analítica da estrutura formal dos direitos e permite compreendê-los na dinâmica imposta pela complexidade de valores da realidade social e

²⁹ A funcionalização não deve estar atrelada a índices de produtividade abstratos, voltados para conferir relevância jurídica às coisas em detrimento do homem. A função social opera mudança valorativa que reconhece no homem o fundamento da juridicidade. Disso decorre a repersonalização da posse e do direito de propriedade, no sentido do que Luiz Edson Fachin denomina de resgate dos valores existenciais da pessoa, vista como ser humano e não como sujeito de direitos. (Ver

histórica em que inseridos os fatos da posse e da situação proprietária concreta³⁰.

Torna-se fundamental, desse modo, construir premissas para operar a concretização da função social atrelada ao conteúdo valorativo do ato da posse e da situação proprietária concreta.

Seção 25

O Conteúdo Material da Posse

A idéia de conteúdo material da posse está relacionada à valoração jurídica do uso socialmente útil do bem objeto do ato da posse, de acordo com os valores da realidade social e histórica. A posse justa que deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico é aquela em que o possuidor age para a satisfação das necessidades próprias e da comunidade em que vive e que, em vista desse objetivo, extrai da

Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 2001, pag. 268 e seguintes).

³⁰ Gustavo Tepedino afirma que "Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma viva." E acrescenta que "A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta." (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Liv. Editora Renovar Ltda, 1999, pág. 285/286).

coisa toda a potencialidade econômica e social permitida pelo ato material de apropriação.

A noção de conteúdo material da posse não é o conceito de posse, mas uma visão hermenêutica e processual do fato da posse nesse sentido diferenciada da concepção de Ihering de conceito em essência normativo de posse, próximo do de propriedade³¹. A posse não deve ser mensurada a partir dos elementos do conceito de propriedade como pretendido pelo direito moderno³². Colocada a ênfase no uso e na utilidade social da apropriação de bens, os valores da posse é que devem influenciar o perfil da propriedade.

O artigo 485, do Código Civil Brasileiro de 1916, depreciou o valor do fato da posse ao defini-lo a partir de uma relação analógica com o direito de propriedade. No Código, a propriedade tornou-se a medida da posse³³. Concebeu-se a posse como

³¹ Ver supra Capítulo III, Seção 8.

³² Ver supra Capítulo III, Seção 8.

³³ O desvalor da posse em relação a propriedade começou no Brasil com a Lei de Terras de 1850 (Lei n.º 601, de 18 de Setembro de 1850), que dispôs no seu artigo 1.º que "Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Excetuando-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente." Com a Lei de Terras de 1850 consolidou-se a propriedade privada de grande extensão e restringiu-se o reconhecimento pelo sistema jurídico do caráter fático da posse. A esse respeito Raymundo Faoro escreve que "Os dois meios - a sesmaria e a posse -, depois de coexistirem, se concentram na ocupação, no início forma de pressão nos latifúndios do lavrador humilde, grande e pequena propriedade, depois o processo de constituir latifúndio. Verdade que o requisito do reconhecimento da posse será a cultura efetiva, mas o posseiro, a partir da sua lavoura, estendia a terra até onde a resistência dos outros não obstasse suas pretensões territoriais. De um modo e de outro, a grande propriedade era o objetivo, já fixado na imaginação e legitimada na consideração social. Desde que se expande a agricultura, vinculada sempre ao credor urbano, era necessário definir a densidade econômica da terra, para garantia dos fornecedores de escravos, de bens e de implementos agrícolas. Expulsar os posseiros do campo não será mais possível, incapaz o dono da sesmaria de arcar com os riscos da revolução social que isso geraria. O remédio, único capaz de se impor, dada a importância do

direito. A posse assumiu feição normativa e abstrata distante da dinâmica dos valores da realidade concreta que integram o ato primário de apropriação de bens. Consolidou-se em torno da posse postura metodológica cada vez mais propensa a identificar o possuidor como aquele que detém o título de propriedade, ou que pode obtê-lo, e a negar proteção possessória para o possuidor que, embora esteja na posse da coisa, não é ou, por alguma razão, não pode tornar-se proprietário.

A premissa do conteúdo material da posse objetiva recuperar na posse a essência da espontaneidade do fático. O alcance do valor da posse está no ato de apropriação que se produz na realidade concreta e que traduz a vontade do possuidor de satisfação de necessidades, muitas vezes primárias, ligadas a sobrevivência pessoal e familiar. A relevância jurídica da posse, portanto, não está na circunstância de o possuidor se apropriar da coisa como o proprietário o faria, conforme enfatiza Pontes de Miranda³⁴, e sim na possibilidade de satisfação de necessidades que o ato de apropriação encerra³⁵.

lavrador assentado sobre a ocupação, seria o reconhecimento da posse, com a extensão reduzida "à de uma sesmaria para cultura ou criação igual às últimas concedidas na mesma comarca ou nas mais vizinhas", de acordo com a Lei n.º 601, de 18 de Setembro de 1850. Para o futuro, punha-se termo ao regime de posses, admitida a transmissão da propriedade apenas pela sucessão e pela compra e venda. (Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro, 11ª ed., São Paulo, Editora Globo S/A, 1995, vol. 2, pág. 408). Fernando Pereira Sodero também escreve que, com a Lei de Terras de 1850, teve fim o regime de posses. (Direito Agrário e Reforma Agrária, São Paulo, Livraria Legislação Brasileira Ltda, 1968, pág. 199).

³⁴ Ver Tratado de Direito Privado, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Tomo X, pág. 57/58.

³⁵ Ver Antonio Hernandez Gil, La Funcion Social de la Posesión - Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica, pág. 19 e ainda supra Capítulo III, Seção 8, nota 22.

Diferentemente da propriedade, a posse, a princípio, não está orientada pelo valor de troca. Na posse, o uso e a utilidade da coisa assumem maior relevância para o possuidor. O que não quer dizer que a posse não possa ser considerada mercadoria objeto de troca no mercado.

A apropriação que caracteriza a posse não é ato isolado praticado pelo sujeito portador de uma individualidade abstrata, fora do contexto social e histórico. O ato da posse expressa a inserção do possuidor numa determinada realidade social e histórica. A apropriação de bens está determinada pelo modo como articuladas as relações sociais no contexto histórico. A posse, portanto, não pode ser concebida como relação entre o possuidor e a coisa. A posse deriva de relação social, onde inseridos possuidor e não-possuidores e onde materializada a necessidade de apropriação de bens para garantia da vida em sociedade³⁶. O caráter social do ato de apropriação de bens orienta finalisticamente o fato da posse e confere substância à função social que lhe é subjacente.

O entendimento em torno do que constitui o conteúdo material da posse ocorre por meio de um compreender hermenêutico reportado à realidade

social e histórica em que o ato de apropriação de bens se concretiza. Conceber-se a posse como essencialmente fática já é em si denunciar os limites de uma concepção conceitual ou normativa de posse. Quando submetido o fato da posse a um compreender dialético e existencial, onde a posse adquire sentido conectada a uma determinada realidade social e histórica, torna-se nítida a insuficiência de um conceito normativo de posse. Ao mesmo tempo, abre-se a possibilidade de uma prática possessória capaz de reconciliar os elementos do fato da posse e os da teoria. A idéia de conteúdo material da posse permite compreender que a apropriação que caracteriza o ato da posse permanece de certo modo inconclusa inserida na particularidade da relação social entre possuidor e não-possuidores³⁷ ³⁸. Permite também pensar toda a extensão do conflito em torno da produção social do espaço³⁹. A compreensão do conteúdo

³⁶ Ver Antonio Hernandez Gil, *La Funcion Social de la Posesión - Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica*, pág. 105 e ainda neste Capítulo, nota 10.

³⁷ Para Orlando Gomes a dificuldade em relação ao conceito de posse está em que "o esforço da doutrina se tem concentrado no objetivo de fornecer um critério para se distinguir o possuidor do detentor" (*Direitos Reais*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 1999, pág. 18). Trata-se para a doutrina tradicional de definir os elementos da posse de forma abstrata e de formular metodologias classificatórias para contornar as dificuldades surgidas do caráter contraditório dos valores em torno do fenômeno possessório.

³⁸ A respeito da particularidade e do caráter processual que caracterizam a posse Antonio Hernandez Gil escreve que "*Los juristas, acostumbrados a la tarea de la racionalización, no encuentran el encaje adecuado para esta pieza extraña y sutil, esencial y zigzagueante. La contraposición hecho-derecho señala los extremos de la antítesis; pero hay otras posiciones intermedias: hecho jurídico, estado o situación de hecho, relación, interés legítimo. Es la misma realidad social, que se venga del que la elude y se sobrepone a las cerradas sistematizaciones. Esta realidad, en los derechos propiamente dichos, queda como aprisionada y dotada de completa normatividad. En la posesión, en cambio, siguen fluyendo. Porque se trata de una estructura no transformada del todo en institución jurídica; dicho de otro modo: la efectividad jurídica sigue apoyándose en la realidad social.*" (*La Función Social de la Posesión - Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica*, pág. 123).

³⁹ Sobre a idéia de produção social do espaço, ver Mark Gottdiener, *A Produção Social do Espaço Urbano*, São Paulo, Edusp - Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

material do fato da posse propicia juízo valorativo da posse condizente com a construção da cidadania e com a busca da concretização do ideal de justiça tutelado nos princípios fundamentais integrantes da Constituição Brasileira de 1988⁴⁰.

A posse tem conteúdo valorativo próprio. Não é necessário conceber-se o possuidor como simulacro do proprietário⁴¹. Ao invés de os elementos do direito de propriedade influenciar a configuração do fato da posse, inverte-se a premissa para que os valores da posse e sua função social produzam reflexos na concepção de direito de propriedade funcionalizado⁴². A aproximação entre posse e propriedade desta maneira ocorre em patamar hermeneuticamente enriquecido pela compreensão da importância da utilidade social e do uso da coisa objeto da apropriação.

A finalidade do ato da posse conectada ao uso e à utilidade social da apropriação, expressa na idéia de conteúdo material da posse, é que

⁴⁰ O postulado está de acordo com a idéia de prática concretizadora defendida por Konrad Hesse. A esse respeito ver Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pág. 22 e seguintes. No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda, 2000, pág. 137 e seguintes; e Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1994, pág. 446 e seguintes.

⁴¹ De acordo com Antonio Hernandez Gil *"En una sociedad tecnificada y masificada, en la sociedad industrial, los contactos con las cosas - las cosas mismas - se multiplican y comparten de tal manera que la nota de la exclusividad continuada - a imagen del derecho de propiedad - no puede constituir el módulo rector de la ordenación posesoria.* (La Función Social de la Posesión - Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica, pág. 210/211).

⁴² Antonio Hernandez Gil afirma que através da função social, *"la figura de la propiedad estática y formal cede el paso a una propiedad dinámica, ocupando el primer plano no el tener atributivo, sino el disfrute actuante, la posesión, en suma."* (La Función Social de la Posesión - Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica, pág. 173).

determina o perfil de tutelas diferenciadas necessárias a proteção possessória.

No contexto social e jurídico brasileiro, a concretização da função social da posse ocorre à medida que o ato de apropriação de bens contribua para o desenvolvimento econômico e promova a redução material de desigualdades, consoante o disposto no artigo 3.º, da Constituição de 1988. A regra do inciso III, do artigo 170, da Constituição, que disciplina o modelo econômico acolhido pelo texto constitucional, não se restringe ao exercício dos poderes proprietários. O princípio abrange a apropriação de bens de produção de forma ampla, incluindo posse e propriedade⁴³.

Embora na atual sociedade de consumo a posse de bens móveis adquira relevância igual e às vezes até superior à posse da terra, na realidade social e jurídica brasileira, a posse da terra continua a ter importância fundamental para a concretização do desenvolvimento econômico. Convém deter-se na idéia de conteúdo material da posse como premissa para a tutela da posse da terra, sem deixar de reconhecer a relevância social e jurídica da posse de bens móveis,

⁴³ Eros Roberto Grau afirma que o disposto no inciso III, do artigo 170, da Constituição de 1988, está referido a distintos tipos de bens podendo-se acrescentar, na mesma ordem de idéias, que ao se referir a distintos tipos bens, o princípio, de forma genérica, diz respeito a apropriação de bens destinados a produção econômica, incluindo, dessa forma, posse e propriedade de bens de produção (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica, 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1991, pág. 248).

principalmente quando direcionada para a produção econômica.

A posse da terra, por sua vez, tem características diferenciadas na cidade e no campo. As diferenças, entretanto, não chegam a romper a relação sócio-econômico entre a cidade e o campo⁴⁴.

A posse da terra no campo, à luz da idéia de conteúdo material da posse, deve ser tutelada na medida em que caracterizada por inversão de capital feita pelo possuidor suficiente para permitir a exploração do potencial econômico e social da terra, medida pelo volume de produção, oferta de trabalho e geração de renda que, no conjunto, possam assegurar a concretização dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, de garantia do desenvolvimento econômico, de valorização do trabalho e de redução de desigualdades.

Diferenciada da propriedade e revigorada por valores próprios, compatíveis com a espontaneidade do acontecer dos fatos, a posse deixa de apoiar-se na validade formal de qualquer espécie de titularidade abstrata. Apesar da existência de disposição expressa no Código Civil Brasileiro de 1916 acerca do desvalor da titularidade proprietária na

⁴⁴ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

valoração dos elementos da posse⁴⁵, não é possível ignorar a força que a jurisprudência confere ao título de propriedade na tutela da posse.

Nos últimos anos, no Brasil, recrudescceu o conflito no campo entre proprietários e não-proprietários que se refletiu no ajuizamento de demandas em busca de tutela possessória, por parte de proprietários contra não-proprietários, estes geralmente integrantes de movimentos organizados para invasão e apossamento de áreas de terras rurais⁴⁶. O conflito se materializa entre o proprietário, detentor do título de propriedade de um lado e, de outro, os não-proprietários que se apropriam de áreas de terras, sem dispor de qualquer espécie de título para legitimar o apossamento, e que passam a desenvolver atividades de cultivo voltadas, na maioria dos casos, para a agricultura de subsistência e para comércio de produtos agrícolas em pequena escala. A solução de casos dessa natureza passa pela consideração da possibilidade de conceder-se tutela possessória contra o proprietário e a favor de quem, efetivamente, não dispõe de título de propriedade. Admitido o caráter fático da posse e a tutela constitucional do princípio da função social que, como visto, engloba a posse, está possibilitada a

⁴⁵ Artigo 505, primeira parte.

⁴⁶ Entre esses grupos o de maior expressão social e política é o do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra.

tutela da posse do possuidor que não é proprietário, mesmo contra o proprietário⁴⁷. Posto em relevo o conteúdo material da posse e, conseqüentemente, o uso e a utilidade social do ato de apropriação, a validade do título de propriedade já não depende apenas do caráter formal do registro imobiliário. Depende também da atividade do proprietário de dar a terra objeto da propriedade uso e utilidade social compatíveis com as exigências sócio-econômicas e com os princípios consagrados pela ordem jurídica, entre eles o da função social⁴⁸. Se deixa de fazê-lo, embora continue a figurar no título de propriedade como proprietário, não pode ser reconhecido possuidor da coisa objeto da propriedade. No confronto entre o direito de propriedade e a posse devem preponderar os valores da posse, porque é através da posse que se materializa na realidade fática a funcionalização da propriedade e a apropriação de bens, que possibilita a satisfação de necessidades e que garante a efetividade do princípio de igualdade material tutelado pela ordem jurídica. O

⁴⁷ A regra do artigo 505, do Código Civil Brasileiro, que veda o reconhecimento da posse a quem não pertencer o domínio, restringiu-se a demanda possessória onde o conflito se materializa em torno do título de domínio (Súmula 487, do Supremo Tribunal Federal).

⁴⁸ Luiz Edson Fachin ao abordar o problema da função social da propriedade cita Antônio José de Mattos Neto (A posse Agrária e sua Implicações Jurídicas no Brasil, Belém, Cejup, 1988, pág. 56), para quem *"mais importante que a causa jurídica (titularidade) da relação possessória agrária é a exploração econômica do bem, realizada de maneira racional e conveniente, pois mencionada exploração é muito mais útil socialmente que a simples titularidade. A vaga titularidade do direito, que representa um estado de coisas improdutivo, é considerada uma perda de riqueza: é um dano social. Somente o exercício do poder de fato sobre a terra é capaz de gerar riquezas e proporcionar o adequado preenchimento da finalidade e razão de ser do imóvel rural."* (Das Províncias do Direito Privado à Causa Justificativa da Propriedade, in Direito Agrário Brasileiro - Em Homenagem à Memória de Fernando Pedreira Sodero, São Paulo, LTR Editora Ltda, 1999, pág. 121 e seguintes).

desvalor da propriedade em relação à posse deve ser relevante para o processo de concretização e para a construção de tutelas diferenciadas comprometidas com a efetividade material da posse⁴⁹.

A preponderância dos valores fáticos da posse em detrimento dos da propriedade adquire maior importância na realidade brasileira, dominada por grandes propriedades rurais⁵⁰, onde o proprietário rural, de forma geral, não detém capital suficiente para explorar toda potencialidade econômica da terra, limitando-se em função da deficiência de capital a manter o título de propriedade como reserva de valor.

A valorização do uso da terra rural e por conseguinte da posse está delineada no artigo 189, da Constituição Brasileira de 1988, que contemplou a concessão de uso como forma de distribuição de terras objeto de reforma agrária. A concessão de uso incentiva a produção agrícola e a fixação do possuidor no campo, ao mesmo tempo em que reduz a importância do valor de troca decorrente da apropriação da terra.

O conflito possessório que se manifesta no campo também se produz nas cidades

⁴⁹ Ver supra Capítulo VII, Seção 20.

⁵⁰ No Brasil 56,2 milhões de hectares de terras abrangem grandes propriedades rurais com mais de 2.000 hectares. Estatísticas Cadastrais do Incra de 1998. Ver também IBGE, Censo Agropecuário de 1996.

existindo entre ambos implicações mútuas decorrentes do estágio de desenvolvimento econômico⁵¹.

A maioria da população brasileira atualmente vive nas cidades. A falta de desenvolvimento tecnológico na agricultura pode ser apontada como um dos fatores desencadeadores do processo de migração de pessoas do campo para a cidade. A migração, de per si, conforme assinalam Paul Singer e Ignácio Rangel, não é a causa principal dos problemas decorrentes da concentração urbana⁵². É inegável, todavia, que a migração é determinada por fatores sócio-econômicos que condicionam o deslocamento das pessoas de um lugar para outro em busca de melhores condições de vida. O subdesenvolvimento econômico no Brasil é fator determinante do incremento da marginalização social nas cidades, principalmente em relação aos migrantes⁵³.

A aquisição da moradia, bem indispensável para evitar a marginalização social na cidade, depende da possibilidade de obtenção de renda. Com renda insuficiente ou mesmo sem a possibilidade de obter renda, a maioria da população urbana não tem acesso a moradia nas condições impostas pelo mercado imobiliário. O acesso à moradia no Brasil,

⁵¹ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

⁵² Ver Economia Política da Urbanização, São Paulo, 14.ª ed., Editora Contexto, 1998, pág. 30 e seguintes e Questão Agrária, Industrialização e Crise Urbana no Brasil, Editora da UFRGS, pág. 224 e seguintes.

⁵³ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

principalmente para as pessoas de baixa renda, depende da ação do Estado. O papel do Estado, desse modo, é fundamental na intervenção no domínio econômico, na transformação e na configuração do conflito em torno da produção social do espaço urbano⁵⁴.

A posse está inserida no conflito de produção social e de transformação do espaço⁵⁵ e o entendimento desta inserção é fundamental para atribuir-lhe valoração jurídica e para a elaboração de tutelas diferenciadas aptas a garantir-lhe efetividade.

A posse do solo urbano se destina principalmente a exploração de atividade econômica e a moradia. No caso do exercício de atividade econômica, o valor da posse resulta do papel da aglomeração urbana na intensificação do processo de acumulação e de reprodução do capital⁵⁶. Ambas as finalidades da posse urbana estão implicadas. A relação entre a configuração do mercado imobiliário e a produção de moradias evidencia a implicação de finalidades sociais e econômicas da posse do solo urbano⁵⁷.

Os obstáculos inerentes ao processo de reprodução do capital no mercado imobiliário, em

⁵⁴ Francisco Cardozo Oliveira, *Contratos de Aquisição da Moradia - Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano*, pág. 8/9.

⁵⁵ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

⁵⁶ Mark Gottdiener cita Henri Lefebvre para ressaltar que "o arranjo social de uma cidade, uma região, um país ou um continente aumenta as forças produtivas do mesmo modo que o equipamento e as máquinas de uma fábrica ou de um negócio, mas em outro nível. Usa-se espaço exatamente como se usa uma máquina." (*A Produção Social do Espaço Urbano*, São Paulo, Edusp, 1997, pág. 128).

⁵⁷ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

especial no Brasil, impedem a produção de moradias em número suficiente para atender a demanda a preços acessíveis para as pessoas de baixa renda⁵⁸.

A configuração material da posse do solo urbano, dissociada da finalidade de garantir qualidade de vida às pessoas, tem relação estreita com o problema habitacional nas cidades brasileiras.

O mercado imobiliário não resolve o problema social da moradia. O atendimento das necessidades de habitação depende da ação do Estado no incremento da produção de moradias em quantidade suficiente que permita atender a demanda a preços compatíveis com a renda dos potenciais adquirentes⁵⁹. O Estado, entretanto, mantém-se alheio ao problema da moradia.

As ocupações irregulares de terrenos urbanos refletem as limitações do mercado imobiliário diante da demanda por moradias e a ausência de políticas públicas voltadas para a solução do problema da habitação⁶⁰.

A idéia de conteúdo material da posse é valiosa para identificar a existência de posse

⁵⁸ Ver supra Capítulo V, Seção 13.

⁵⁹ De acordo com Celso Furtado, "a pobreza em massa, característica do subdesenvolvimento, tem com frequência origem numa situação de privação do acesso à terra e à moradia. Essa situação estrutural não encontra solução por meio dos mecanismos dos mercados." (In Folha de São Paulo, 13 de Junho de 1999, pág. 2-6)

⁶⁰ Na Cidade de São Paulo aumentou a população de áreas irregulares entre 1991 e 1992 (In Folha de São Paulo, 24 de Setembro de 2000, pág. c-3). O Número de favelas no Brasil aumentou cerca de 22% entre 1991 e 2000 (In Folha de São Paulo, 07 de Janeiro de 2001, pág. C-1).

nas ocupações irregulares de áreas urbanas a reclamar tutela específica, inclusive para o efeito de assegurar o acesso a qualquer espécie de titularidade por parte do possuidor⁶¹.

Nas ocupações de áreas urbanas, a princípio consideradas ilegais e, desse modo, contrárias ao direito⁶², a premissa do conteúdo material da posse permite que referidas ocupações possam ser tuteladas pela ordem jurídica, principalmente naqueles casos em que a ocupação tenha por objetivo precípua a moradia pessoal ou familiar. O princípio da função social, que confere relevância ao conteúdo material da posse e à efetividade do direito à moradia, contempla a proteção dos interesses de ocupantes de terrenos urbanos, sem qualquer espécie de titularidade formal.

O Poder Público Municipal em algumas grandes cidades brasileiras, sensível ao problema das ocupações irregulares e a falta de moradias, está a editar legislação destinada a promover a regularização fundiária e a tutelar direitos de uso do solo urbano.

⁶¹ A Lei n.º 9785 de 29 de Janeiro de 1999 pode ser instrumento jurídico importante para a valorização da posse urbana, mesmo nas ocupações irregulares, porque, de acordo com Melhim Namem Chalhub, abre extraordinária perspectiva no sentido de dar à posse um *status* de direito conversível em domínio. (Ver Posse: Nova Garantia Imobiliária, in Revista de Direito Imobiliário n.º 46, ano 22, Janeiro-Junho de 1999, pág. 55-65).

⁶² Ermínia Maricato afirma que cerca de 20% da população das grandes cidades brasileiras ocupa terrenos urbanos de forma irregular. (Ver As Idéias Fora do Lugar ou o Lugar Fora das Idéias, in A Cidade do Pensamento Único - Desmanchando Consensos, Petrópolis, Editora Vozes Ltda, 2000, pág. 121 e seguintes). Especificamente em relação a cidade de São Paulo, cerca de 5,5 milhões de pessoas, praticamente a metade da população da capital, vive em habitações irregulares, a maioria

Entre outras cidades, o caso de Belo Horizonte é exemplar porque inovou no reconhecimento do direito de posse de favelados. A Lei Municipal de Belo Horizonte n.º 3532, de 06 de Janeiro de 1983, que reconheceu o direito de posse dos favelados, segundo Edésio Fernandes, representou verdadeira revolução porque acabou por atribuir direito de propriedade àqueles que, perante o direito formal, seriam considerados usurpadores de terras⁶³. A tutela da posse de favelados sem dúvida alguma confere valor ao conteúdo material da posse em detrimento de uma concepção formal de direitos.

Na cidade de Curitiba, o uso do solo urbano está disciplinado pelas Leis Municipais n. 2828, de 31 de Julho de 1966, que trata do plano diretor, a de n. 4199, de 08 de Maio de 1972, e a de n. 5234, de 10 de Dezembro de 1975, sendo que esta última permitiu a criação de setores especiais destinados a construção de habitações de interesse social. A Lei Municipal n. 7841, de 19 de Dezembro de 1991, instituiu incentivos para a implantação de programas

sem qualquer título de propriedade (Ver Chico de Gois e Soraya Agéce, "Metade de SP mora em habitação irregular", in Folha de S. Paulo, São Paulo, 04 de Junho de 2000, pág. C-1.

⁶³ Ver A Regularização de Favelas no Brasil: O Caso de Belo Horizonte, in Direito Urbanístico, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1998, pág. 134 e seguintes. O próprio Edésio Fernandes adverte que muitos operadores do direito resistem ao processo de regularização de favelas porque defendem que, a exemplo do Código Civil, somente leis federais podem regular as relações de propriedade. Para ele esta postura é evidência de que persiste o conflito entre as disposições do Código Civil e o princípio da função social tutelado na Constituição de 1988. Ainda segundo o jurista, o discurso ambientalista ultimamente está sendo usado para impedir o reconhecimento dos direitos dos favelados. (Ver A Regularização de Favelas no Brasil: Problemas e Perspectivas, in

habitacionais de interesse social, gerenciados pela companhia de habitação municipal, consistentes na concessão de aumento de potencial construtivo mediante a doação de lotes a serem destinados pelo Poder Público Municipal a construção de moradias para a população de baixa renda. Recentemente, a Lei Municipal n.º 9801/2000 definiu os instrumentos de política urbana para, de acordo com a norma do artigo 182, da Constituição de 1988, promover a implantação de programas habitacionais de interesse social. Ainda em Curitiba, a companhia de habitação municipal promove regularização fundiária, mediante contratos de prestação de serviços de infra-estrutura firmados com ocupantes de áreas urbanas, em situação irregular, com base na alínea "c", do § 1º, do artigo 36, da Lei Municipal n. 7671/91. O processo de regularização fundiária na cidade ganhou instrumento jurídico mais consistente com a edição da Lei Municipal n. 9460, de 31 de Dezembro de 1993. Apesar do discurso ufanista de cidade moderna e progressista, pelo menos no tratamento jurídico do problema da regularização fundiária, que é determinante para desencadear o processo de reorientação do conflito em torno da produção social do espaço urbano, Curitiba está dez anos atrasada em relação a Belo horizonte. É possível que esse atraso no

enfrentamento do problema da ocupação irregular de áreas urbanas em Curitiba se deva ao fato da existência de poucas favelas nas áreas de terrenos mais valorizadas da cidade, ao contrário do que ocorre em outras grandes cidades brasileiras. As áreas de favelas não se expandiram em Curitiba devido ao fato de a área territorial do município ser pequena. Consolidou-se também na cidade política urbana que privilegiou a aquisição e a construção de habitação por famílias de renda média e alta, enquanto que as famílias de baixa renda viram-se obrigadas a ocupar áreas pertencentes aos municípios limítrofes que compõem a região metropolitana. Enquanto a população de baixa renda vive na área dos territórios dos municípios vizinhos, na maioria dos casos com infra-estrutura urbana precária, as pessoas de renda média e alta desfrutam em Curitiba de infra-estrutura urbana de boa qualidade⁶⁴. A repartição dos benefícios e ônus do crescimento e do desenvolvimento urbano, no caso de Curitiba, reforça a tese de Mark Gottdiener de que, geralmente, os ônus acabam sendo suportados por aqueles a quem a ideologia do crescimento sustenta beneficiar e pelo Estado que se

Júnior, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, pag. 127 e seguintes).

⁶⁴ Dennison de Oliveira adverte que "esse padrão de coexistência entre a capital e sua região metropolitana não é uma exclusividade curitibana, dado que se repete em maior ou menor grau em todo o país. Contudo, no contexto local ele assume uma importância extraordinária, pela funcionalidade de que ele se investe na preservação da positividade da imagem de Curitiba. Assim, de certa forma pode-se dizer que a imagem de Curitiba só existe tal qual ela é precisamente devido aos serviços que os municípios vizinhos prestam à causa da sua manutenção." (Curitiba e o Mito da Cidade Modelo, Curitiba, Editora da Universidade Federal do Paraná, 2000, pág. 182).

obriga a corrigir as distorções da ação do mercado, com investimentos públicos que geram desequilíbrios fiscais permanentes.

A Lei Municipal n.º 9801/2000 que definiu os instrumentos de política urbana para Curitiba, de acordo com os princípios tutelados pela Constituição de 1988, somente entrou em vigor depois de mais de dez anos da vigência da Constituição. Apesar da demora, os instrumentos de política urbana definidos na lei limitam-se a incentivar uma abstrata ocupação racional do solo, a regular e corrigir distorções do mercado, em particular, do mercado imobiliário, sem permitir, contudo, intervenção decisiva do Poder Público Municipal no uso do solo para cumprir a tarefa de orientar a produção social do espaço na direção da concretização do princípio da função social.

O papel do Poder Público Municipal é fundamental para a transformação do espaço urbano orientada para os interesses da cidadania. A Constituição de 1988 dotou o Poder Público Municipal de instrumentos jurídicos capazes de tornar efetiva a função social da posse e da propriedade urbana. No âmbito da cidade tornou-se mais fácil reconhecer as diferenciações inerentes ao processo de subjetivação da posse e mesmo do direito de propriedade. A legislação municipal é instrumento jurídico fundamental para

propiciar tutela efetiva à posse e, conseqüentemente, garantir efetividade ao direito à moradia.

A tarefa da jurisprudência de construção de tutelas concretas para a posse não pode negligenciar a importância da legislação municipal, na regularização fundiária urbana e na valorização do conteúdo material da posse, para assegurar o acesso da população de baixa renda ao direito social à moradia.

Compreendida no processo de concretização do direito hermeneuticamente orientado para os valores da realidade social e histórica, a premissa do conteúdo material da posse encontra na legislação ordinária o instrumento jurídico adequado para tutelar a função social da posse do solo urbano, de forma a assegurar ao cidadão o acesso à moradia e o direito à cidade.

A idéia de conteúdo material da posse aponta para um modelo de tutela da posse da terra, no campo e na cidade, capaz de reconciliar teoria e prática e, desse modo, propiciar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e o resgate da justiça e da verdade no mundo.

Seção 26

O Direito Constitucional de Ser Proprietário

O direito de propriedade que contempla a função social mostra-se em toda a sua intensidade quando considerados os valores do caso concreto, naquilo que Pietro Perlingieri denomina de situação subjetiva patrimonial⁶⁵ ⁶⁶. A noção de direito subjetivo concebida sob a influência das premissas do individualismo⁶⁷ não é suficiente para abarcar o caráter dinâmico do direito de propriedade, imposto pelos valores da realidade social e histórica em que materializada a situação proprietária⁶⁸ ⁶⁹.

⁶⁵ Para Pietro Perlingieri "A eficácia do fato com referência a um centro de interesses, que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações subjetivas juridicamente relevantes." No caso da propriedade enfatiza o autor que ela é situação subjetiva e é relação, sendo o aspecto funcional prevalente na propriedade vista como relação. (Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1997, pág. 105 e 221).

⁶⁶ Ver supra Capítulo IV, Seção 10.

⁶⁷ Sobre as limitações da noção de direito subjetivo afirmou-se que "A simples posituação do direito no ordenamento jurídico não assegura que os indivíduos possam dispor desse direito, enquanto sujeitos de direitos. Ocorrida a posituação do direito, fica aberta a possibilidade, que poderá se confirmar ou não, de os indivíduos virem, efetivamente, a se tornar titulares do direito outorgado pelo ordenamento. Essa possibilidade, embora aberta pelo ordenamento jurídico, ocorrida a outorga do direito, depende de fatores históricos e sociais que irão determinar em que medida e em que grau ocorrerá a efetiva subjetivação do direito, quem o qual o número de pessoas poderá, materialmente, se tornar titular do direito reconhecido pela ordem jurídica. No caso, por exemplo, do direito de propriedade, mesmo que outorgado o direito pela ordem jurídica, é necessário que a comunidade que outorgou esse direito produza bens passíveis de apropriação pela generalidade dos indivíduos, de modo a possibilitar então que se torne efetivo o direito subjetivo à propriedade." (Francisco Cardozo Oliveira, A Função dos Conceitos de Ação e Jurisdição na Aplicação do Direito, Curitiba, Dissertação de Mestrado, UFPR, 1998, pág. 180).

⁶⁸ Pietro Perlingieri afirma que "La proprietà privata non è piú configurabile come diritto soggettivo; essa è una situazione soggettiva complessa. La proprietà, l'impresa, il credito, sono situazioni non piú identificabili in un solo potere, in una sola pretesa, ma sono piuttosto complesse, composite, articolate, varie, non monolitiche. Situazioni complesse che nella prospettiva costituzionale non possono piú essere studiate come "tante monadi", ma debbono essere viste in relazione con altre situazioni soggettive altrettanto complesse. È sulla nozione di rapporto giuridico, concepito, sotto il profilo strutturale, come relazione tra situazioni soggettive che occorre ricostruire il sistema del diritto civile." (Crisi dello Stato Sociale e Contenuto Mínimo della Proprietà, Università degli Studi di Camerino, 1982, pág. 156).

O direito de propriedade funcionalizado contempla o proprietário inserido na história, na sociedade e, mais especificamente, na relação com os não-proprietários.

Sujeita a uma determinada finalidade imposta pelo princípio da função social, a propriedade não pode mais ser definida de forma abstrata, sem que considerados os valores finalísticos a que está atrelado o exercício dos poderes proprietários. O princípio da função social, que não se reduz ao conceito⁷⁰, insere a propriedade na concretude do mundo para submetê-la aos valores de uma ordem jurídica e de uma realidade social e histórica determinadas⁷¹.

O caráter fático do conteúdo da função social reorienta a ênfase valorativa do conceito de propriedade para a realidade concreta. O conceito abstrato de propriedade, que não considera a complexidade da realidade social e histórica, se mostra insuficiente para explicar o fenômeno da propriedade funcionalizada. Esta insuficiência, no que tem de limitada e de incompleta, deve ser denunciada por meio da dialética negativa e do compreender hermenêutico⁷².

⁶⁹ Ver supra Capítulo IV, Seção 10.

⁷⁰ Ver supra Capítulo IX, Seção 24.

⁷¹ Ver supra Capítulo IX, Seção 24.

⁷² Ver supra Capítulo VIII, Seção 23.

A insuficiência do conceito abstrato de propriedade está no ignorar a configuração do modo de apropriação concreta de bens, a extensão dos poderes proprietários, na relação entre proprietários e não-proprietários, e os efeitos produzidos pela apropriação nas relações sociais e de produção. A origem da insuficiência, portanto, não está no conceito. O que a determina está relacionado ao modo de configuração das relações sociais e de produção e a distribuição de ônus e benefícios decorrentes do ato de apropriação. Os limites do conceito resultam em última análise dos obstáculos que impedem a emergência da verdade e da justiça na realidade social e histórica do presente. A insuficiência conceitual, assim, está destinada a traduzir o mundo da injustiça que paralisa a práxis tendente a concretizar no mundo o justo e o verdadeiro e que se mantém porque mantida uma determinada configuração histórica das relações sociais e de produção. A própria ordem da injustiça, porém, contém a promessa da justiça e da verdade cuja realização depende de uma práxis transformadora das relações sociais que está obstaculizada no mundo administrado do capitalismo tardio⁷³. No caso do direito de propriedade, a promessa de realização da justiça e da verdade está contida no princípio da função social

⁷³ Ver supra Capítulo VIII, Seção 23.

que confere ao exercício dos poderes proprietários valores condizentes com a tutela dos interesses comunitários, sem negar a importância do sujeito, proprietário e não proprietário, e da subjetividade. O princípio da função social contempla a possibilidade de uma prática que possa romper com a insuficiência do conceito abstrato de propriedade e que, ao mesmo tempo, permita a configuração de uma ordem de apropriação de bens apta a concretizar no mundo os ideais de justiça tutelados pela ordem jurídica.

A função social, portanto, contém a possibilidade de reconciliação do conceito de propriedade com a prática do exercício dos poderes proprietários. A funcionalização confere relevância ao exercício dos poderes proprietários, à relação entre proprietários e não-proprietários e à configuração do conflito em torno da produção social do espaço. A propriedade funcionalizada expressa-se por meio de uma relação⁷⁴. O direito de propriedade a ser tutelado pelo ordenamento jurídico não compreende apenas o exercício dos poderes proprietários sobre o bem objeto da propriedade. Os valores da função social colocam em evidência elementos da realidade sócio-econômica em que inseridos o proprietário e os não-proprietários, a

⁷⁴ Ver Antonio Procida Mirabelli di Lauro, *La Proprietà Come Rapporto. A Proposito Dell'Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell'Art. 844 CC*, in *Rassegna di Diritto Civile*, vol. 2, 1998, pág. 347 e seguintes e ainda supra Capítulo IV, Seção 10, nota 43.

relação entre eles, e o bem objeto da propriedade⁷⁵. A utilidade social da apropriação do bem objeto da propriedade e a configuração das relações sociais e de produção, materializadas com o exercício concreto dos poderes proprietários, assumem relevância jurídica para delimitar o alcance da tutela do direito de propriedade. Do mesmo modo, o conflito surgido da relação entre proprietário e não-proprietários, e que se insere no conflito mais amplo em torno da produção social do espaço⁷⁶, constitui fator determinante da extensão e do alcance dos poderes proprietários na situação proprietária concreta.

A tutela da propriedade funcionalizada exige a consideração dos valores da situação proprietária concreta e a mensuração dos interesses do proprietário em confronto com os interesses dos não-proprietários. Na tutela do direito de propriedade, portanto, não está em jogo o mero reconhecimento jurídico de uma titularidade abstrata,

⁷⁵ Antonio Procida Mirabelli di Lauro enfatiza que na perspectiva da utilização dos bens "La posizione del proprietario è configurabile non in astratto, né riguardo alla disciplina del bene che ne forma oggetto, ma nel concreto rapporto, sulla base degli interessi antagonisti - meritevoli di tutela secondo l'ordinamento - dei soggetti che si trovano reciprocamente in relazione. La stessa funzione sociale presuppone l'esistenza di particolari rapporti giuridici connessi all'utilizzazione dei beni che sono oggetto di proprietà. Essa non è riferibile al diritto soggettivo reale, al dovere o al bene, ma è una formula riassuntiva che opera come criterio di legittimazione di situazioni non tanto e non soltanto del proprietario, quanto dei titolari dei contro-diritti qualificati che il rapporto pone in relazione. Ques'ultimo conforma i diversi modelli proprietari, incide sulle vicende costitutive, circolatorie ed estintive, modifica lo stesso ius opponendi, permette di individuare correttamente le tecniche di tutela risarcitoria e inibitoria in concreto esperibili." (La Proprietà Come Rapporto. A Proposito Dell'Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell'Art. 844 CC, in Rassegna di Diritto Civile, vol. 2, 1998, pág. 347 e seguintes).

⁷⁶ Ver supra Capítulo V, Seções 12 e 13.

relacionada apenas aos interesses do proprietário⁷⁷. O direito de propriedade a ser tutelado pela ordenamento jurídico constitui-se através da valoração dos elementos da situação proprietária concreta que permite considerar não apenas os interesses do proprietário mas também e principalmente os dos não-proprietários, materializados em torno do modo de utilização do bem objeto da propriedade. Na perspectiva dos interesses dos não-proprietários encontram-se valores relacionados, por exemplo, ao meio ambiente, planejamento urbano, proteção do consumidor, etc⁷⁸.

O que constitui os interesses não-proprietários, na relação proprietária concreta, está vinculado ao uso e a utilidade social do bem objeto da propriedade. A forma de utilização do bem, considerados os valores da função social, não pode ser reconhecida faculdade restrita à discricionariedade absoluta do proprietário, conforme propunha o velho Código Napoleônico⁷⁹. E nem poderia sê-lo porque a atividade do proprietário na utilização do bem objeto da propriedade

⁷⁷ Para Anna de Vita "Nel diritto moderno il legame tra la persona umana e i beni materiali si instaura non tanto per effetto di un titolo di proprietà, ma in conseguenza della effettiva utilizzazione, del lavoro, del concreto operare del soggetto nella realtà economica." (La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea - Analisi Comparativa del Diritto Francese, pág. 53/54).

⁷⁸ Giovanni Silvio Coco adverte que "I concetti di funzione e di utilità sociale non si possono riportare al comune concetto di interesse pubblico, non solo in quanto essi prendono in considerazione un interesse collettivo diverso dal pubblico ma in quanto diversa è la prospettazione degli interessi comuni da essi operata." E conclui que "non sembra inesatto sostenere che gli interessi riassunti nella funzione sociale possono essere anche collettivi e cioè determinate classi o categorie e non necessariamente comuni a tutti i cittadini." (Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà, pág. 173/174).

⁷⁹ Ver supra Capítulo IV, Seção 10.

interfere na vida dos não-proprietários e na configuração das relações sociais e de produção. O volume da produção agrícola, a preservação de rios e de florestas, o processo de produção industrial, o tipo e a qualidade de bens produzidos, a quantidade de bens no mercado, a oferta de emprego, a administração do crédito e da poupança, entre outros, são fatores relacionados a decisões tomadas por proprietários, no exercício dos poderes proprietários, que afetam interesses comunitários.

A identificação dos interesses não-proprietários caracterizados na relação proprietária concreta que o princípio da função social deve tutelar não leva em conta apenas a fixação de limites ao exercício do direito de propriedade. Situa-se no patamar em que o que confere validade à propriedade é a utilidade social propiciada pelo uso do bem objeto da propriedade. A definição de relação proprietária concreta, desse modo, conforme ressalta Anna de Vita⁸⁰, deixa de ser quantitativa e passa a ser qualitativa. Ou seja, não se trata de impor limites abstratos ao exercício dos poderes proprietários pelo proprietário. Exige-se do proprietário utilização do bem objeto da propriedade condizente com os valores tutelados pelo princípio da função social. E a

utilidade social surgida da funcionalização é aferida pela valoração do exercício dos poderes proprietários, considerada a relação entre proprietário e não-proprietários.

A valoração dos interesses não-proprietários na situação proprietária concreta, embora possa preponderar, em determinados casos, sobre os interesses proprietários, não chega a acarretar a supressão pura e simples dos poderes inerentes ao direito de propriedade. Ao contrário, na situação proprietária concreta, a relação entre proprietários e não-proprietários intensifica o papel do proprietário no exercício dos poderes proprietários, porque o princípio da função social impõe obrigações positivas. Exige-se do proprietário o incremento de atividades que conduzam à concretização da finalidade almejada pelo ordenamento jurídico para o uso e para a utilização do bem objeto da propriedade. Do ponto de vista dos interesses não-proprietários na situação proprietária concreta não é relevante, a princípio, a supressão dos poderes proprietários (que pode ocorrer no caso de o proprietário deixar de observar as imposições do princípio da função social). O que é importante para a defesa dos interesses não-proprietários é que o proprietário faça uso do bem e desenvolva atividade de

⁸⁰ Ver *La Proprietà Nell'Esperienza Giuridica Contemporanea - Analisi Comparativa del Diritto*

acordo com a finalidade tutelada pelo ordenamento jurídico. Não há na propriedade funcionalizada um desvalor à propriedade. A função social confere à propriedade valores qualitativamente diferentes daqueles que sustentaram a concepção de propriedade absoluta desde o direito romano até o século XIX e início do século XX⁸¹. Esta diferença qualitativa decorre da consideração dos interesses não-proprietários na situação proprietária concreta.

É na apropriação da terra que os interesses não-proprietários se configuram com maior intensidade. O conflito resultante da produção social do espaço ocorre em torno da apropriação da terra. A magnitude do conflito resulta do fato de que a terra, ao contrário de outros bens, não pode ser multiplicada. Cada área de terra constitui bem único fixado em determinado ponto do território. A relação entre proprietários e não-proprietários em torno da apropriação da terra tem características específicas em cada situação proprietária que não podem ser negligenciadas no processo de concretização e de construção de tutelas aptas a garantir efetividade ao direito de propriedade funcionalizado⁸².

Francese pág. 171/172.

⁸¹ Ver supra Capítulo IV, Seções 09 e 10 e Capítulo IX, Seção 24.

⁸² Salvatore Pugliatti ressalta que "la proprietà fondiaria rappresenta la proprietà per eccellenza; e che essa presenta quella particolare fisionomia che la formula "proprietà-funzione" avrebbe la pretesa di definire, sintetizzando l'esperienza economica sociale e jurídica del nostro tempo, e preparandone l'evoluzione avvenire. Insomma si vuol dire che l'istituto della

A propriedade da terra fixa o proprietário em determinado ponto do território e, desse modo, determina o alcance e a extensão das relações sociais e de produção. A fixação territorial da propriedade afeta diretamente os interesses não-proprietários porque o acesso à terra torna-se restrito em função do exercício dos poderes proprietários. Logo, no caso da propriedade da terra acentua-se a necessidade de tutela dos interesses não-proprietários porque cada apropriação de área do território limita e delimita a ação social e produtiva dos indivíduos não-proprietários, na maioria das vezes em benefício dos interesses proprietários.

A apropriação da terra no campo e na cidade coloca o proprietário em vantagem social e econômica perante os não-proprietários no conflito em torno da produção do espaço, na medida em que demarca no espaço territorial as oportunidades econômicas, os ônus e os benefícios da produção de riqueza⁸³. A propriedade da terra evidencia com mais vigor a

proprietà trova oggi la sua incarnazione essenziale nella proprietà fondiaria, essenzialmente proprietà di beni produttivi (e non di semplici beni di consumo), e la proprietà fondiaria si caratterizza come proprietà-funzione. (La Proprietà nel Nuovo Diritto, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, pág. 275).

⁸³ De acordo com Antonio Procida Mirabelli di Lauro "l'esercizio del diritto da parte del proprietario sulle cose comporta esclusione dei non proprietari e implica necessariamente una regola di coesistenza dei proprietari e dei non proprietari, una regola que permetta al proprietario di ricavare utilità dalle cose e al tempo esteso non provochi un totale esonero dei terzi dal godimento diretto o indiretto del bene. In questo senso la proprietà divene un potere del l'uomo sull'uomo che discende da un complesso di regole le quali disciplinano le modalità di accesso, di uso, di controllo e di trasferimento di qualsiasi bene suscettibile di sfruttamento economico e tale da poter formare oggetto di conflitti sociali." (La Proprietà Come Rapporto. A Proposito Dell'Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell'Art. 844 CC, in Rassegna di Diritto Civile, pág. 347 e seguintes).

necessidade de compatibilização normativa e social dos interesses proprietários e não-proprietários que pode ser atingida por meio da concretização do princípio da função social. A funcionalização a ser concretizada não pode impedir o exercício dos poderes proprietários. Ao mesmo tempo, deve permitir que os benefícios do uso da terra atinjam proprietários e não-proprietários⁸⁴.

A atividade agrícola no campo, desenvolvida pelo proprietário, deve produzir riqueza capaz de assegurar qualidade de vida a proprietários e não-proprietários. Além de propiciar lucro ao proprietário, a atividade agrícola deve gerar trabalho, renda e oferta de alimentos de qualidade e a preços compatíveis com a renda da maioria das famílias.

Na cidade, a propriedade do solo urbano, ainda que tenha por objetivo a acumulação e a reprodução do capital, não pode deixar de propiciar oferta de moradia, condições de trabalho e de renda aos não-proprietários.

O uso da terra orientado pela utilidade social definida na concretização dos valores

⁸⁴ Baseado em estudo de Amartya Sen sobre a pobreza, Celso Furtado afirma que "Para participar da distribuição da renda social, é necessário estar habilitado por títulos de propriedade e/ou pela inserção qualificada no sistema produtivo. O que está bloqueado em certas sociedades é o processo de habilitação. Isso é evidente com respeito a populações rurais sem acesso à terra para trabalhar ou devendo pagar rendas escorchantes para ter esse acesso. O mesmo se pode dizer das populações urbanas que não estão habilitadas para ter acesso à moradia. As instituições que permitem a concentração em poucas mãos de formidável valorização das terras urbanas respondem pela miserabilidade de grandes massas da população. A pobreza maciça, característica do subdesenvolvimento, com freqüência, tem origem numa situação de privação do acesso à terra e à moradia. Essa situação estrutural não encontra solução nos mecanismos de mercado." (O Longo

da função social exige que a tutela do direito de propriedade esteja sobretudo atenta a proteção dos interesses não-proprietários⁸⁵.

A tutela dos interesses não-proprietários, desse modo, pode orientar-se pela idéia da existência de um direito constitucional de ser proprietário. Ou seja, pela busca de concretização de um princípio onde o direito de propriedade não sirva apenas aos interesses proprietários, mas esteja destinado a produzir benefícios para toda a sociedade, mediante a valorização do exercício dos poderes proprietários em consonância com a utilidade social do uso dos bens objeto da propriedade⁸⁶. Um direito de propriedade que se torna legítimo à medida que contempla a possibilidade econômica e social de garantir aos não-proprietários acesso aos benefícios propiciados pelo exercício dos poderes proprietários, de acordo com a finalidade tutelada pelo princípio da função social.

Amanhecer - Reflexões sobre a Formação do Brasil, 2.ª ed., São Paulo, Editora Paz e Terra S/A, 1999, pág. 33 e ainda supra, neste Capítulo, Seção 25, nota 59).

⁸⁵ Antonio Procida Mirabelli di Lauro escreve que *"Nei diritti all'abitazione e alla coltivazione del fondo, la tutela delle situazioni soggettive del conduttore e del coltivatore diretto sarebbe realizzata non soltanto mediante l'accesso al dominio, ma soprattutto attraverso la tutela tout court della stabilità e dell'effettività delle situazioni non proprietarie."* (La Proprietà Come Rapporto. A Proposito Dell'Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell'Art. 844 CC, in Rassegna di Diritto Civile, pág. 347 e seguintes).

⁸⁶ O direito constitucional de ser propriedade confere força normativa à constituição porque garante eficácia ao direito de propriedade e assegura a concretização dos direitos fundamentais. (ver Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição, pág. 16). No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho que se refere ao princípio interpretativo de máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais. (ver Direito Constitucional, 6.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pág. 227).

Na sistemática da Constituição Brasileira de 1988, inspirada nos valores da dignidade da pessoa humana, proprietários e não-proprietários devem ser considerados sujeitos históricos concretos, inseridos na realidade das relações sociais e de produção. A concretização do princípio da dignidade de pessoa humana ocorre na pessoa do proprietário e na dos não-proprietários, através da funcionalização do exercício do direito de propriedade⁸⁷.

Mais que afirmar-se a existência de um direito constitucional de propriedade, diante do texto constitucional, é necessário reconhecer que está consolidado na Constituição o direito de ser proprietário⁸⁸. O reconhecimento da existência de um direito constitucional de propriedade ainda permanece prisioneiro de uma visão estrutural do instituto e, por

⁸⁷ A propriedade constitucional, diz Gustavo Tepedino, "não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transforma em uma "minipropriedade", como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada "se non costruendo in una endiadi le situazione del proprietario e dei terzi". Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional." (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, pág. 286).

⁸⁸ Embora defensável a possibilidade da existência de um direito subjetivo à moradia e ao acesso a terra, a partir do disposto no artigo 6.º, da Constituição de 1988, que tutela os direitos sociais fundamentais à moradia e ao trabalho, no sentido do defendido por Eros Roberto Grau (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica, pág. 303 e seguintes), a premissa do direito constitucional de ser proprietário não contempla a hipótese de um direito subjetivo universal e abstrato de exigir em Juízo do Estado o direito a obtenção de imóvel para moradia ou de área de terras no campo para cultivo. A premissa do direito constitucional de ser proprietário considera as circunstâncias do caso concreto que impõem ponderação de valores em torno da situação proprietária concreta e do conflito de interesses proprietários e não-proprietários. Objetiva, por isso, maximizar a efetividade material do direito de propriedade. O direito constitucional de ser proprietário é premissa de concretização do direito de propriedade, neste sentido aproximada do modelo ponderativo de valores a que se refere Ingo Wolfgang Sarlet que, à luz do caso concreto, viabiliza o reconhecimento do direito subjetivo à moradia ou ao acesso a terra no campo, de forma a assegurar a dignidade pessoal e familiar. (Ver A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pág. 311 e seguintes).

isso, não expressa toda a potencialidade interpretativa do texto constitucional. Já a admissão da existência de um direito constitucional de ser proprietário acentua o caráter ativo da cidadania. O cidadão inserido no contexto social contribui para o desenvolvimento econômico ao agir para multiplicar as possibilidades de situações proprietárias concretas. A premissa também evidencia a compreensão do exercício do direito de propriedade como situação em processo sujeita, portanto, a sofrer a influência dos valores da realidade fática e de, conseqüentemente, constituir-se no que é e no que pode vir a ser no mundo-da-vida⁸⁹.

Uma função social que possa modificar apenas a estrutura formal do direito de propriedade não se trata de funcionalização efetiva. A modificação na esfera normativa do direito pode não ser suficiente para alterar a realidade. E sem a possibilidade de mudança concreta da realidade social toda a construção teórica e jurisprudencial em torno da função social da propriedade pode restringir-se a um esforço retórico de revitalizar o arcaico dando-lhe nova aparência, numa espécie de estetização do

⁸⁹ Conforme afirma Clémerson Merlin Clève "não basta ser afirmada juridicamente uma liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade para gozá-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, vestuário) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída." (Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993, pág. 126 e seguintes). Ver do mesmo autor A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 313 e seguintes).

conceito⁹⁰. A finalidade última da função social deve ser a de modificar a realidade social e, nesse sentido, ela precisa conter a promessa de que todos podem ser proprietários⁹¹. Somente desse modo torna-se possível a concretização dos princípios e direitos fundamentais tutelados na Constituição Federal de 1988.

A concepção do direito constitucional de ser proprietário permite ao cidadão interagir no conflito em torno da produção social do espaço e, em virtude dessa interação, fortalecer os interesses da cidadania no acesso e na apropriação de bens, notadamente, da terra, no campo e na cidade^{92 93}.

⁹⁰ Sobre a estetização como característica da arte pós-moderna (e que também pode ser aplicada a teoria jurídica), Otília B. Fiori Arantes ressalta que "onde havia dissonância e subversão provocada pelo novo, há agora "a inconsistência dos vai-e-vem, o objetivo ostentatório do nunca visto. O desenvolvimento das vanguardas coincidiu cada vez mais com a preponderância da forma moda" Lipovetsky). Em suma, uma era de obsolescência programada e acelerada, "a esfera artística tornou-se o teatro de uma revolução frívola que já não incomoda ninguém: muita ênfase teórica, poucas rupturas efetivas" (Idem). A nova reificação portanto (que deixou as vanguardas históricas fora de combate) é responsável por um enfraquecimento da realidade, substituída pelo pluralismo das interpretações e a conseqüente multiplicação dos estilos, substituída, enfim, pela imaginação estética (cf. Gianni Vattimo)". (O Envelhecimento do Novo, in Urbanismo em Fim de Linha e outros Estudos sobre o Colapso da Modernização Arquitetônica, pág. 34).

⁹¹ A idéia de direito constitucional de ser proprietário se inscreve na premissa posta por Clémerson Merlin Clève de que a Constituição é um projeto inacabado que reclama construção e que, ao sinalizar caminhos alternativos para a cidadania, aponta para esperança de concretização dos direitos. Em correlação estreita com essas idéias ver também do mesmo autor, Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito, pág. 183 e seguintes e A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória), in Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, São Paulo RT, 1995, pág. 34 e seguintes.

⁹² A esse respeito Carlo Mazzú escreve que "L'evoluzione sui temi della proprietà si può ottenere solo attraverso un movimento convergente, che porti a ridisegnare la mappa dei rapporti tra momento individuale e collettivo, nell'ambito dei quali i singoli beni assolvano correttamente alla funzione di elemento satisfattivo e limite oggettivo di entrambi i profili. Il "nuovo soggetto" è il titolare di diritti sinteticamente riconducibili all'area dei diritti civili, che non possono essere negativi o scalfiti, se non con sacrificio della personalità stessa. Da tali diritti non può escludersi quello alla vita libera e dignitosa. Questo problema si pone, come si è visto, nella ricerca di libertà essenziali quanto apparentemente scontate, spettanti alla persona umana. Rispetto a questa, la funzione sociale assume varietà di conotazioni: ragione della tutela del diritto al godimento, per chi non ne ha la possibilità effettiva né i mezzi per procurarselo; ragione dell'orientamento dell'esercizio del diritto (o di limite del potere), per chi può assumere la proprietà di ingentissimi mezzi quale strumento di potere e di autotutela sociale." (Proprietà e Società Pluralista, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, pág. 318).

⁹³ A participação da cidadania na produção social do espaço se insere na tradição da vida política democrática republicana, onde o cidadão, segundo Antoni Domènech, apesar das diferenças, participa do processo de deliberação pública, disposto a argumentar e influir na tomada de

O acesso à terra no campo contribui para multiplicar o número de situações proprietárias e alterar a estrutura fundiária brasileira que, desde o regime de sesmarias, está assentada no latifúndio⁹⁴. A funcionalização da propriedade no campo, dentro dos parâmetros fixados pelo artigo 186, da Constituição Federal de 1988 - mas que não se detém neles - pode diminuir a exclusão social e econômica provocada pelo latifúndio improdutivo e viabilizar a produção da pequena e média propriedade rural⁹⁵. Também pode evitar que se mantenham extensas áreas de terras improdutivas, cuja apropriação decorre de titulação de origem duvidosa⁹⁶. A simples reestruturação no modo de apropriação da terra, todavia, não é suficiente para assegurar o desenvolvimento econômico e social e a

decisões. A cidadania participativa, conforme adverte o próprio Antoni Domènech, deve estar comprometida com o debate que inclua o problema da desigualdade material - o que seguramente coloca para o processo democrático a necessidade de tratar da remodelação da estrutura jurídica da propriedade -, mas que também esteja atento para a questão da polarização social, que impede a negociação de compromissos e mantém posições irreduzíveis. Para Domènech *"El conflicto permanente de intereses, el faccionalismo político, la corrupción, en una palabra, de la ciudadanía y de la deliberación política democrática puede verse más favorecida por la polarización que por la desigualdad. Dicho de otro modo: aunque es difícilmente pensable que una sociedad muy polarizada sea capaz de organizar una vida política democrática y participativa, con ciudadanos activamente comprometidos con la deliberación política pública, no es nada impensable que una sociedad con desigualdades pero sin polarización pueda incluir en las agendas políticas de su deliberación democrática los problemas centrales de la justicia distributiva."* (Desigualdad, Responsabilidad, Ciudadanía Y Polarización, in *Perspectivas Teóricas Y Comparadas de la Igualdad - II Simposio sobre Igualdad y Distribución de la Renta e la Riqueza*, n.º 04, pág. 15 e seguintes).

⁹⁴ Ver supra Capítulo V, Seção 12.

⁹⁵ Antonio Hernandez Gil depois de advertir que *"El llamado "vivir de la labranza" - para el que podrían servir las pequeñas fracciones de terreno - ha sido desbordado o, al menos, se ve grandemente comovido por el tránsito de la antigua economía cerrada o doméstica a la economía nacional"* afirma que a pequena propriedade camponesa *"trae consigo el fenómeno curioso de que en su seno se produce una aglutinación social en la que el antagonismo de intereses entre propietarios e poseedores tiene menos virulencia que el común sentimiento de postergación o la falta de solución."* (La Función Social de la Posesión, pág. 186/187).

⁹⁶ De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Agrário existem no Brasil cerca de 62,7 milhões de hectares de terras suspeitas de grilagem, onde os títulos de propriedade servem para lavagem de dinheiro ou para levantar recursos de forma fraudulenta junto a instituições financeiras. (Daniela Nahass, Governo Cancela Cadastro de Latifúndios, in *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 de Julho de 2000, pág. A-11).

redução de desigualdades, conforme exigido pela Constituição. A premissa do direito constitucional de ser proprietário engloba também a prática de políticas públicas de apoio creditício e tecnológico para o desenvolvimento da economia agrícola, capaz de desestimular a propriedade de extensas áreas de terra, onde o proprietário não dispõe de capital suficiente para torná-las produtivas⁹⁷.

No caso da cidade, o plano diretor deve promover a funcionalização da propriedade de forma a garantir o bem-estar social⁹⁸. O Projeto de Lei n.º 181, de 1989, que tramita no Congresso Nacional, e que trata do Estatuto da Cidade, destinado a regulamentar a norma do artigo 182, da Constituição Federal de 1988, refere-se ao plano diretor como o instrumento básico de aplicação das diretrizes gerais de política urbana. O plano diretor é o instrumento adequado para viabilizar a aplicabilidade da premissa do direito constitucional de ser proprietário para o solo urbano porque, tratando-se de lei de competência municipal, favorece a participação ativa do cidadão no processo de elaboração do texto legal e na construção de tutelas para a

⁹⁷ Estudo comparativo realizado por pesquisadores da Unicamp com base nas estatísticas cadastrais do Incra concluiu que entre 1992 e 1998 aumentou a concentração e a ociosidade de terras. As áreas das grandes propriedades rurais, acima de 2000 hectares, aumentou de 56,2 milhões de hectares. (Daniela Nahass, Concentração e Ociosidade de Terras Crescem de 92 a 98, *in* Folha de S. Paulo, São Paulo, 06 de Setembro de 2000, pág. A-6).

⁹⁸ Segundo Hely Lopes Meirelles, "o Plano Diretor é instrumento técnico-jurídico definidor dos objetivos da cidade e se destina a orientar a atividade da Administração Pública Municipal e a assegurar o progresso e o atendimento das necessidades da população urbana. (Direito Municipal Brasileiro, 6.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993, pág. 393 e seguintes).

proteção dos interesses não-proprietários, envolvidos no conflito de produção social do espaço. Mais importante ainda é o fato de o plano diretor permitir diferenciações internas e externas no direito de propriedade⁹⁹ operadas concretamente, na perspectiva dos interesses proprietários e não-proprietários. Os institutos do solo criado, coeficiente de aproveitamento e taxa de ocupação, direito real de uso¹⁰⁰, entre outros, utilizáveis na delimitação de áreas urbanas passíveis de apropriação, são instrumentos que contêm elevado potencial de concretização do princípio da função social, desde que manejados pelos operadores do direito em consonância com os princípios tutelados pelo ordenamento jurídico¹⁰¹.

A regularização fundiária e o combate aos loteamentos clandestinos¹⁰² também podem

⁹⁹ Em relação às diferenciações do direito de propriedade Edésio Fernandes afirma que "analisando o caso mexicano, Azuela mostrou em detalhe como o direito de propriedade é diferenciado internamente, dependendo de quem seja o proprietário envolvido, bem como funciona diferentemente externamente, e produz significados distintos, dependendo das condições concretas da realidade sócio-política; o Direito não apenas reflete tais condições que estão sempre mudando, mas também influencia diretamente, e mesmo constitui parcialmente, os processos sociais." (A Regulamentação das Favelas no Brasil: O Caso de Belo Horizonte in *Direito Urbanístico*, pág. 157). Em termos de configuração material da propriedade Ricardo Aronne defende a obrigacionalização do direito de propriedade, uma vez operada a separação conceitual entre propriedade e domínio (ver *Propriedade e Domínio - Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Liv. Editora Renovar Ltda, 1999, pág. 151 e seguintes)

¹⁰⁰ Letícia Marques Osório afirma que o instituto do direito real de uso, previsto nos artigos 745 e seguintes do Código Civil de 1916, no DL 271/67 e no § 1.º, do artigo 183, da Constituição de 1988, está sendo utilizado pelo legislador municipal de Porto Alegre para o assentamento da população de baixa renda. A Lei Orgânica Municipal, diz ela, incorporou a compreensão das funções sociais da cidade pela ótica dos direitos. (Ver *Concessão do Direito Real de Uso - O Avanço da Legislação de Porto Alegre*, in *Direito à Cidade - Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*, pág. 191 e seguintes).

¹⁰¹ Eros Roberto Grau ressalta que a definição de um coeficiente único de aproveitamento vigente em todas as porções do território da cidade viabiliza a concreção do princípio da função social da propriedade. (*Direito Urbano - Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Lei de Desenvolvimento Urbano*, pág. 78/79).

¹⁰² Em estudo relativo a cidade de São Paulo, Antonio Benedito Margarido afirma que o problema dos loteamentos clandestinos é complexo e que a solução envolve os vários níveis da administração

contribuir para concretizar o direito do cidadão de ser proprietário¹⁰³.

A função social da propriedade do solo urbano, de acordo com a premissa do direito constitucional de ser proprietário, deve ter como finalidade primordial a resolução do problema da habitação, principalmente para a população de baixa renda, de forma a garantir efetividade ao direito social à moradia e o direito à cidade, com qualidade de vida.

Para a concretização do princípio da função social não basta a existência de legislação comprometida com os valores da funcionalização. A eficácia da premissa do direito constitucional de ser proprietário depende também de esforço interpretativo de concretização do direito de propriedade funcionalizado apoiado no compreender hermenêutico, voltado para os valores do caso concreto.

É necessário considerar ainda que a função social, que se apoia na idéia do direito

publica e do Judiciário e o conflito de valores e de idéias integrantes dos textos legais. (Sobre a Aplicabilidade do Princípio da Função Social da Propriedade: Abordagem Jurídico-Sociológica, São Paulo, Tese de Doutorado, USP, 1991, pag. 154)

¹⁰³ Betânia de Moraes Alfonsin afirma que o processo de regularização fundiária pode utilizar de instrumentos jurídicos como a concessão do direito real de uso, a usucapião urbana, as disposições da Lei 6766/79, além de leis municipais de regularização de loteamentos. Para ela, a regularização fundiária deve apoiar-se em três princípios: a) princípio da ampliação do marco legal do direito de morar; b) princípio da sustentabilidade dos assentamentos humanos; e c) princípio do resgate ético da cidadania. O direito, segundo a jurista, que já permitiu a cumplicidade da legislação com a especulação imobiliária pode ser instrumento também de construção de cidades mais justas. (Ver Regularização Fundiária: Um Imperativo Ético da Cidade Sustentável - O Caso de Porto Alegre, in Direito à Cidade - Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis, pág. 157 e seguintes).

constitucional de ser proprietário, não extrapola os limites do direito, na direção de um sociologismo jurídico. Também não comporta a idéia de dissolução da propriedade privada em uma espécie de coletivismo primitivo que não leva em conta a complexidade social e econômica da contemporaneidade. A funcionalização resgata a natureza valorativa do direito e reforça a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, na ordem jurídica brasileira.

Capítulo X

A Tutela Efetiva e Concreta da Posse e do Direito de Propriedade

Seção 27

Ação de Direito Material, Instrumentalidade e Manejo Técnico de Tutelas

A idéia de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário exprime o processo do compreender e da compreensão que se constitui no momento da concretização da posse e do direito de propriedade justos. Do ponto de vista hermenêutico, portanto, não é possível reconhecer a existência do conteúdo material da posse e do direito constitucional de ser proprietário dissociado do processo de concretização. O que existe é a premissa de valoração do conteúdo material da posse e do direito constitucional de ser proprietário que passa a integrar o círculo tópico-problemático da compreensão hermenêutica, que não se completa sem que reportado a uma concreta forma-de-vida e que envolve o ato possessório e a situação proprietária concreta.

Antes da aplicação, a idéia de conteúdo material da posse e do direito constitucional

de ser proprietário permanece na esfera da pré-compreensão jurídica, como possibilidade de reconhecimento da essência do fato da posse e do da situação proprietária concreta. O conteúdo material da posse e o direito constitucional de ser proprietário não são categorias conceituais. Muito menos comportam a pretensão de fundamentar uma racionalidade metodológica capaz de redefinir aprioristicamente o conceito de posse e o de propriedade. Tratam-se de premissas operacionais que permitem reconhecer a existência da posse e do direito de propriedade justos, considerados os valores do caso concreto. As idéias de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário não são compatíveis com o modelo de conhecimento abstrato, operado por um sujeito cognoscente sem relação com a concretude do mundo. Elas estão atreladas à prática do compreender e da compreensão que se constitui na experiência de uma concreta forma-de-vida em que inseridos o possuidor, os não-possuidores, o proprietário, os não-proprietários e ainda o próprio intérprete.

A concretização da posse e do direito de propriedade justos depende, todavia, da elaboração de tutelas aptas a assegurar-lhes

efetividade material¹. A construção de tutelas não ocorre dissociada do compreender hermenêutico inerente ao processo de concretização do direito material. Os contornos da tutela surgem à medida em que se revela a essência do direito material no processo de concretização. Daí que a própria construção de tutelas, como não poderia deixar de ser, está ela própria sujeita à estrutura tópico-problemática da compreensão hermenêutica. A exemplo do que ocorre com o direito material justo, a construção de tutelas capazes de assegurar efetividade material aos direitos está inserida no processo de concretização.

Ao se definir o conteúdo material da posse e o direito constitucional de ser proprietário como premissas valorativas para a concretização da posse e do direito de propriedade justos, define-se concomitantemente o arranjo de tutelas necessário para assegurar a efetividade da posse, considerado o seu conteúdo material, e do direito de propriedade, visto na perspectiva do direito constitucional de ser proprietário. O arranjo de tutelas, assim como as premissas de conteúdo material da posse e do direito constitucional de ser proprietário, integra o círculo

¹ A efetividade pode ser compreendida no sentido de resguardar os direitos por instrumentos de tutelas aptas a sua realização prática. (ver Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1996, pag. 82 e seguintes). A noção de efetividade material leva em conta a posição do particular perante a norma. A efetividade material deve

hermenêutico. À medida que se revelam os contornos da posse e do direito de propriedade, no processo de concretização, surge também o do arranjo da tutela que recobre o direito material e que, ao recobri-lo, assegura-lhe proteção e efetividade. O arranjo de tutelas se amolda às peculiaridades do direito que se vai concretizando na operatividade própria do compreender hermenêutico².

Na atividade de construção de tutelas simultânea à concretização da posse e do direito de propriedade justos é que se mostra a eficiência operativa do princípio da instrumentalidade. O que constitui a instrumentalidade é a relação ineliminável entre tutela e o conteúdo do direito material a ser tutelado³.

A construção de tutelas começa no momento em que se desenvolve a atividade tópico-problemática do compreender hermenêutico e culmina com a concretização do direito⁴.

Pelo menos dois fatores concorrem para modular a diferenciação de tutelas exigida pelas peculiaridades do direito material. Um deles está relacionado ao que constitui o conteúdo do direito

traduzir a eficácia social da aplicação do direito que não pode ser considerada dissociada da eficácia jurídica.

² Ver supra Capítulo VII, Seção 20.

³ Ver supra Capítulo VII, Seção 19.

⁴ Ver supra Capítulo VIII, Seção 22.

material e o outro, à necessidade de o arranjo de tutelas, que resulta da compreensão hermenêutica, contemplar os valores determinantes do justo concreto.

A diferenciação que caracteriza a tutela não se restringe ao provimento jurisdicional de antecipação dos efeitos da decisão judicial, mas alcança um campo mais amplo em que a diferenciação decorre das exigências de efetividade do direito material⁵. A diferenciação, desse modo, não tem caráter temporal apenas. Ela tem natureza qualitativa, o que não impede que a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional não constitua também uma forma de diferenciação de tutelas.

Para a concretização do princípio da instrumentalidade importa que a tutela seja qualitativamente diferenciada de modo a atender às

⁵ Donaldo Armelin lembra que "A adoção de tipos de tutela diferenciada tende a favorecer o pólo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo. Dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de "tutela diferenciada". Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no iter procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular. O primeiro, mais rente à expressão semântica dessa denominação, não pode, contudo, implicar o reconhecimento de uma diferenciação de tutelas à exigência de um ens novum, mas sim cingir-se a possíveis formas e efeitos de tipos já existentes. Aceita como premissa consubstanciar-se a tutela jurisdicional no ato ou atos mediante os quais se atende a pretensão da parte, difícil se torna engendrar um tipo novo, diverso dos já utilizados para tanto, provados através dos tempos e aperfeiçoados no exercício diuturno da jurisdição. Declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguramento são resultados da prestação jurisdicional, que não comportam, em regra, considerando-se sua abrangência, efeitos parelhos mas diferenciados. A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos. Mais especificamente na projeção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com a sua imunização frente a prestações idênticas, geradas em instrumento processual decorrente de ação também idêntica." (A Tutela Jurisdicional Diferenciada, in O Processo Civil Contemporâneo, Curitiba, Editora Juruá, pág. 103 e seguintes).

exigências de efetividade do direito material. A diferenciação, por isso, resulta do arranjo técnico dos tipos ou meios de tutelas que potencializa a efetividade do direito material. O arranjo técnico de tutelas pode comportar a antecipação de efeitos da decisão judicial, mas o importante é que ele confira uma tal intensidade à tutela capaz de assegurar a efetividade do direito material. As tutelas devem ser diferenciadas e múltiplas na forma e na intensidade dos efeitos. O resultado do arranjo técnico que confere intensidade às tutelas diferenciadas não depende tanto da identificação de uma nova forma de tutela que possa ser conceitualmente individualizada e sim da adoção de uma concepção do direito que permita elevar a novo patamar teórico e prático a relação entre direito e processo. A diferenciação qualitativa das tutelas depende, portanto, da eficácia material da relação entre direito e processo e do modo como concebido o direito material. O alcance da diferenciação das tutelas, seja temporal, seja qualitativo, está atrelado ao compreender hermenêutico produzido na concretização do direito materialmente justo⁶.

⁶ Para Cândido Rangel Dinamarco "A tutela jurisdicional, consistindo idealmente na outorga de resultados substanciais idênticos aos que se obteriam sem o aporte do serviço judiciário, considera-se em primeiro lugar definitiva e dimensionada pelo direito material - no sentido de que é sempre a este que compete atribuir bens, direitos, obrigações e situações jurídicas às pessoas, segundo as concretas *fattispecie* coincidentes com os modelos contidos nas normas. Conforme seja a realidade lamentada, terá o autor direito à manutenção de dada situação jurídica, ou à ripristinação de uma situação precedente, ou ao estabelecimento ou extinção de uma relação jurídica, ou a uma reparação etc. Tudo isso corresponde, sempre, ao modo como a situação concreta se equaciona diante das categorias do direito material e às determinações que este dita em

A relação necessária entre direito e processo, imposta pelo princípio da instrumentalidade, exige que o arranjo de tutelas diferenciadas esteja identificado com o conteúdo do direito material de forma a assegurar-lhe a necessária efetividade. A construção de tutelas, dessa forma, passa pela investigação dos elementos constituintes do direito material, condição indispensável para que, no âmbito do processo, seja possível identificar as técnicas de tutelas adequadas às peculiaridades do direito a ser tutelado. A preocupação com a configuração do direito material, na tarefa de construção de tutelas, torna-se mais intensa diante das exigências colocadas pelo acesso hermenêutico ao direito, de busca do justo concreto.

A idéia de conteúdo material da posse e a de direito constitucional de ser proprietário constituem premissas orientadoras do sentido e dos efeitos a serem perseguidos pelo intérprete na tarefa de construção de tutelas. Por meio dessas premissas, imprime-se às tutelas a intensidade necessária e suficiente para realizar a justiça do caso concreto, modulando os efeitos e a extensão dos direitos, de acordo com as necessidades impostas pelos valores da

relação a ela. Fala-se, então, em tutela preventiva, inibitória, sancionatória, reparatória, ressarcitória etc., numa adjetivação que ainda não galgou homogeneidade entre os autores mas relaciona-se com as soluções ditadas pelo direito material para as variadas fattispecie

realidade social e histórica em que materializados o fato da posse e a situação proprietária concreta.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, não é no interior do processo que devem ser buscados os fundamentos para a teoria e a prática de efetividade dos direitos, possibilitada pela construção de tutelas diferenciadas, a partir da operacionalização do princípio da instrumentalidade. A própria idéia de ação de direito material já insere na esfera do direito material a essência do poder do titular de exigir o implemento do direito. A idéia de ação de direito material desfaz a dependência abstrata do direito de um instrumental de proteção que lhe é externo, situado no âmbito do processo.

A tutela da posse e do direito de propriedade construída por meio das idéias de conteúdo material da posse e do direito constitucional de ser proprietário assume como relevante e merecedor de proteção o fato da posse e a situação proprietária concreta que estejam a propiciar utilidade social ao ato possessório e ao exercício dos poderes proprietários.

Assimilar os valores do fato da posse importa para a tarefa de construção de tutelas orientadas pelo princípio da instrumentalidade

reconhecer como relevante a inserção do ato possessório numa determinada realidade social e histórica. Significa também valorizar a posse não apenas na direção dos interesses do possuidor, mas também tutelar o fato da posse por meio de um arranjo técnico e operacional de tutelas atento a proteção dos interesses dos não-possuidores⁷. A construção de tutelas diferenciadas da posse precisa confrontar-se enfim com o conflito decorrente da apropriação de bens em uma determinada configuração das relações sociais e de produção.

Considerada a realidade social e jurídica brasileira, a tutela possessória possibilitada pela idéia de conteúdo material da posse deve reconhecer e incorporar elementos que permitam proteger no caso da posse de áreas rurais, os interesses dos possuidores e dos não-possuidores valorizando a exploração efetiva da terra.

Nas cidades, a tutela da posse deve levar em conta também os interesses dos não-possuidores, facilitar a regularização fundiária e de loteamentos clandestinos e eliminar os obstáculos que, na compreensão jurídica do fato da posse, impedem o acesso da maioria da população a moradia digna. Em qualquer caso, a tutela da posse não pode ignorar o

conflito em torno da produção social do espaço e seus efeitos na salvaguarda dos interesses da cidadania e na concretização dos princípios e direitos fundamentais tutelados pela Constituição de 1988⁸.

Em relação ao direito de propriedade, a tarefa de construção de tutelas deve ser capaz de instrumentalizar a funcionalização. Indiscutivelmente, a concretização do princípio da função social depende da eficiência dos meios de tutelas voltados para assegurar a eficácia material do direito de propriedade tutelado pela ordem constitucional. A concretização da finalidade imposta pela ordem jurídica para o exercício dos poderes proprietários, integrada ao princípio da função social, torna-se viável por meio de um arranjo de tutelas que esteja orientado na direção da concretização do direito de propriedade materialmente justo, tanto na perspectiva dos interesses proprietários quanto na dos interesses não-proprietários. Entre o conteúdo finalístico do princípio da função social da propriedade e o do princípio da instrumentalidade, que orienta a construção de tutelas diferenciadas, existe uma certa complementaridade valorativa, onde a própria técnica de construção de tutelas atua para delimitar o alcance e a extensão da funcionalização na situação

⁷ Ver supra Capítulo IX, Seção 25.

proprietária concreta. O conteúdo finalístico da função social não é um dado ou puro conceito, nem tão-pouco pode ser concebido como utopia irrealizável. A função social é antes de tudo processo em construção, um vir-a-ser possível e inacabado que está inserido no conflito entre proprietários e não-proprietários⁹. Compete ao arranjo técnico de tutelas reconhecer os limites e as possibilidades da funcionalização numa determinada situação proprietária concreta. Incumbe-lhe igualmente identificar o ponto de equilíbrio que na concretização do direito de propriedade funcionalizado seja capaz de preservar os interesses proprietários e os não-proprietários, mas não se detém nesse objetivo. O ponto de equilíbrio não se revela estático na realidade concreta, nem tende a eliminar a dinâmica e as diferenciações próprias do direito de propriedade¹⁰. O que é fixo no ponto de equilíbrio em questão é a capacidade de assimilar a dinâmica do direito de propriedade, no movimento que se orienta na direção da concretização da finalidade tutelada pelo princípio da função social. A eficiência da tarefa de construção de tutelas, desse modo, além da identificação do ponto de equilíbrio entre interesses proprietários e não-proprietários, depende também da possibilidade aberta

⁸ Ver supra Capítulo IX, Seção 25.

⁹ Ver supra Capítulo IX, Seção 24.

¹⁰ Ver supra Capítulo IX, Seção 26.

de, no concretizar-se na realidade fática o direito de propriedade materialmente justo, viabilizar a concretização da finalidade contemplada pela função social.

O arranjo de tutelas adquire forma e sentido no processo de concretização que constitui o direito materialmente justo e dele não pode ser conceitualmente isolado, sob pena de reduzir-se o potencial de efetividade dos direitos. Nisso reside a concepção de tutela concreta de direitos. A tutela não é nem um dado abstrato, classificável e identificável *a priori*, nem é algo destacável do direito concretizado, como se fosse uma espécie de suporte do direito que pode ser inteiramente substituído, sem prejuízo da efetividade. A tutela concreta de direitos não é a tutela mais o direito, é o direito tutelado existindo no mundo como direito concretamente justo.

O arranjo de tutelas que nasce do processo de concretização de direitos incorpora os valores da realidade onde manifestada a situação concreta a ser tutelada. A idéia de tutela, portanto, afasta-se da natureza abstrata do procedimento ordinário e tende a amoldar-se aos elementos integrantes do direito em concretização.

A integração valorativa entre direito e processo, que está na essência da tarefa de

construção de tutelas concretas de direitos, aparece nítida na idéia de ação de direito material que realça a atividade do titular do direito para a satisfação do que lhe é devido, ao mesmo tempo em que reforça o caráter instrumental do processo. É por meio da idéia de ação de direito material que se torna possível reconhecer a complementaridade funcional que se configura entre ação e jurisdição na dinâmica de concretização de direitos¹¹. A tarefa de construção de tutelas tem a ver, portanto, com a dinâmica constitutiva dos direitos no processo de concretização. Está relacionada também ao movimento que se instaura para a satisfação do direito que faz nascer para o titular a ação de direito material, e que pode dar ensejo a atuação do poder jurisdicional. Por qualquer ângulo que venha a ser examinada a matéria, é fundamental reconhecer que a tarefa de construção de tutelas está relacionada ao processo de concretização de direitos.

No processo de concretização, a operacionalidade do princípio da instrumentalidade exige a consideração dos valores da realidade fática.

A posse e a propriedade, desse modo, devem ser tuteladas de acordo com as peculiaridades com que se manifestam na realidade

¹¹ Ver supra Capítulo VI, Seção 17.

social e histórica brasileira. Os valores determinantes do arranjo de tutelas, que pode de fato assegurar a satisfação efetiva do titular, visto não apenas como possuidor ou proprietário, mas como possuidor ou proprietário em meio a uma relação social e jurídica que envolve não-possuidores e não-proprietários, surgem do fato da posse e da situação proprietária concreta¹².

A tutela concreta da posse e do direito de propriedade, ao assimilar os valores da realidade social, deve estar orientada para a concretização dos princípios de redução de desigualdades e de promoção do bem estar de todos, de acordo com os objetivos inscritos na Constituição Federal de 1988^{13 14}.

Por outro lado, a particularidade que caracteriza a tutela concreta da posse e do direito de propriedade não pode ser elevada à forma do conceito

¹² Conforme escreve Cândido Rangel Dinamarco "É preciso implantar um novo "método de pensamento", rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigentes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor." (A Instrumentalidade do Processo, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1996, pág. 271).

¹³ Cândido Rangel Dinamarco ressalta que "o endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados na ciência processual da atualidade." (A Instrumentalidade do Processo, pág. 266/267).

¹⁴ Gustavo Tepedino afirma que a Constituição Federal de 1988 tutela a pessoa ao funcionalizar a propriedade de acordo com valores sociais e existenciais e que o texto constitucional, nesse sentido, contém elementos de efetiva transformação social. (Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 1999, pág. 267 e seguintes).

e da teoria. O sentido da tutela concreta da posse e do direito de propriedade somente se torna compreensível através da forma do ensaio, que permite tratar dialeticamente da teoria e da prática no círculo tópico-problemático do compreender hermenêutico.

Seção 28

Tutela Concreta da Posse e do Direito de Propriedade, Ações Típicas e Exame da Casuística

A idéia de tutela concreta da posse e do direito de propriedade reforça a importância das ações típicas para a construção de tutelas específicas, múltiplas e diferenciadas, em detrimento da concepção abstrata do procedimento ordinário, acolhido pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. O ser ação típica tem a ver com o que é específico na tutela e o que na esfera do direito material deve ser especificamente tutelado¹⁵. O Código de Processo Civil

¹⁵ Adroaldo Furtado Fabrício ressalta que "A rigor, no mais lato sentido da expressão, "especiais" seriam também esses procedimentos sumários e sumaríssimos, no sentido de representarem eles um desvio do modelo fundamental que é o ordinário. Contudo, tem-se reservado aquela designação, de preferência, a procedimentos instituídos de modo específico e individualizado para o trato de determinadas causas, em que a pretensão jurídico-material apresenta peculiaridades exigentes de uma particular forma de tratamento em juízo. Embora caiba obviamente ao legislador do processo instituir ritos especiais, é no Direito Material que ele vai buscar os elementos indicadores da necessidade ou conveniência de estabelecê-los em correspondência com determinadas "ações" (rectius, pretensões de Direito Material). Em regra, o problema de ser ou não ser completa a cognição não está aqui envolvido, influenciando, isto sim, na criação de formas sumárias. A cognição, nos processos submetidos a rito especial, costuma ser plena e, mesmo se isso não ocorre em alguns

Brasileiro de 1973, embora tenha consagrado o princípio de demandas plenárias e ordinarizadas, não pôde ignorar totalmente as ações típicas, necessárias para a tutela de direitos com características diferenciadas, que receberam do referido Código a denominação de procedimentos especiais¹⁶. Os procedimentos que o Código denominou de especiais e que evitou o quanto pode nominar de ações, possivelmente para reafirmar o princípio da autonomia entre direito e processo, tratam de ações onde necessária alguma forma de tutela diferenciada ou de urgência ou ainda de cognição sumária que o procedimento ordinário não comporta¹⁷.

As ações típicas ou especiais permitem a construção de tutelas adequadas às exigências de efetividade do direito material. A diferenciação de tutelas propiciada pelas ações típicas não se restringe a contornar os problemas decorrentes do descompasso entre a urgência requerida para tutelar

casos, o dado é meramente acidental." (Comentários ao Código de Processo Civil, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, vol. VIII, Tomo III, 1992, pág. 4).

¹⁶ Ver artigos 890 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

¹⁷ Ovídio A. Baptista da Silva afirma que "todos os processos sumários - e a técnica de "sumarização" precisamente nisto consiste - operam um corte na totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude, de tal modo que determinados pontos ou questões litigiosas devem ficar "reservadas" para futuro exame em processo subsequente. E, se não todas, ao menos a grande maioria das ações especiais - além de apresentarem particularidades rituais que as fazem distintas do procedimento ordinário - correspondem também a pretensões de direito material de conteúdo menor do que as reais dimensões do conflito de interesses em que se acham envolvidos os litigantes. Hoje, porém, transcorridos alguns anos, a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de "tutela diferenciada", que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente "assegure", proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente "instrumental" do processo. Volta-se, pois, a tratar - ao lado da "ação" processual "una e abstrata"- de ações especiais que, longe de significarem simples desvios do padrão ritual ordinário, equivalem a formas muito especiais de

o direito e o tempo necessário para formalizar-se um conjunto mínimo de provas, o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais do devido processo legal. O que é relevante na noção de ação típica é que ela permite que a tutela possa ajustar-se às peculiaridades do direito material de modo a tutelá-lo de acordo com os elementos componentes da particularidade que caracteriza a situação de fato¹⁸. A dinâmica dos valores da realidade faz com que a cada ato concretizador de direitos, o intérprete tenha que defrontar-se com elementos novos, com valores relacionados a um determinado tempo ou a um determinado espaço. Para lidar com a particularidade de valores e de necessidades de efetividade do direito material a ser tutelado, é necessário uma forma de tutela que seja capaz de reconhecer os elementos diferenciadores da situação de fato e que possa também assimilar a diferenciação e a forma como ela influencia a incidência da norma jurídica¹⁹.

A noção de ação típica e especial, é fundamental para sustentar a premissa da tutela concreta da posse e do direito de propriedade, principalmente na realidade brasileira de acentuada

tutela processual sumária." (Curso de Processo Civil, 2.ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, vol. I, 1991, pág. 97/98).

¹⁸ Ver José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1977, pág. 51/52 e ainda supra, Capítulo VII, Seção 20, nota 29.

desigualdade social e econômica, onde o fato da posse e o da situação proprietária concreta contêm valoração específica que não pode ser negligenciada no objetivo de conferir efetividade material aos direitos.

A consideração de múltiplos elementos valorativos não cabe nos limites de um procedimento abstrato e universal, como o ordinário, que está sujeito a tutelar e a reconhecer nos direitos uma ordem linear de valores passível de identificação objetiva.

A tutela concreta da posse e da propriedade deve lidar com os aspectos econômicos e sociais da apropriação de bens em sociedade. Deve possibilitar, por exemplo, o reconhecimento da diferença valorativa entre a manutenção da posse do solo urbano para fins de moradia e a manutenção de estoques de imóveis nas cidades para fins especulativos no mercado imobiliário. A diferenciação valorativa em questão permite elaborar arranjo de tutelas composto de técnicas de sumarização e de antecipação de efeitos, sem que seja necessário relegar a plano secundário a formalização de provas e a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido, as ações possessórias constituem exemplo da possibilidade de arranjo de tutelas

¹⁹ A concretização deste objetivo proposto para as tutelas diferenciadas se viabiliza a partir da

relacionado às peculiaridades da posse porque, de certo modo, tendem a conciliar o caráter abstrato do procedimento ordinário com a existência de tutelas sumárias e diferenciadas.

O arranjo de tutelas deve permitir concretizar a finalidade contida no princípio constitucional da função social. Torna-se necessário identificar na situação proprietária concreta, e no conflito entre proprietário e não-proprietários que lhe é conexo, os elementos indispensáveis para a elaboração do arranjo de tutelas apto a assegurar a efetividade do direito de propriedade. Entre esses elementos, pode estar o da valoração de índices de produtividade agrícola observada pelo proprietário na utilização da terra e seus efeitos na realidade sócio-econômica²⁰. A valoração dos efeitos da produtividade, mais do que a dos índices de produção, é fundamental para mensurar a observância pelo proprietário da finalidade integrante do princípio da função social, em conformidade com a concretização dos direitos fundamentais tutelados na Constituição de 1988.

Tanto no caso da posse como no da propriedade o que é importante é que o arranjo de

premissa de concepção do direito como sistema aberto. (Ver supra Capítulo II, Seção 4).

²⁰ A Lei 8629/93 que tratou dos parâmetros para apuração da observância pelo proprietário do princípio da função social da propriedade dispôs sobre métodos de medição de produtividade e do grau de eficiência econômica, mas não considerou fatores como geração de emprego e renda e seus reflexos na melhoria da qualidade de vida, que são relevantes para a concretização do princípio da função social.

tutelas tenha como relevante tutelar o conteúdo material dos direitos, ou seja, aqueles elementos que lhes garantem substância, não se restringindo a assegurar a validade formal de uma determinada formulação abstrata que pouco ou quase nada tem a ver com os valores da realidade concreta.

A importância da tutela concreta da posse e do direito de propriedade está na consideração da posse e da propriedade como algo que tem existência e relevância na realidade fática.

Quando medida a produtividade agrícola decorrente de determinada apropriação da terra, a partir das idéias de conteúdo material da posse ou de direito constitucional de ser proprietário, a mensuração feita deve levar em conta os efeitos sócio-econômicos concretos da atividade desenvolvida pelo possuidor ou pelo proprietário. Deve ser mensurada a qualidade dos bens produzidos, o respeito ao meio ambiente, o aumento de emprego e de renda, envolvendo salários e lucros, capazes de potencializar o desenvolvimento socio-econômico local e nacional. Um determinado índice de produtividade pode estar de acordo com o princípio da função social numa determinada situação concreta e, em outra, mostrar-se inadequado para as condições materiais de exploração

econômica propiciada pelo bem e esperada pelo ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, o direito à moradia e o direito à cidade se materializam com a ocupação efetiva do solo urbano, com a garantia de acesso aos benefícios decorrentes da vida urbana, e com a consideração dos interesses envolvidos na produção social do espaço urbano.

A tutela concreta da posse e do direito de propriedade é técnica que reconhece e assimila a elasticidade que os direitos adquirem na correlação de valores do processo de concretização. É tutela que contempla a utilidade social do fato da posse e da situação proprietária concreta. Utilidade social que é valorada na concretude do mundo, na particularidade da situação de fato que reclama tutela.

Um exame das principais ações típicas, voltadas para a tutela da posse e do direito de propriedade, de forma individualizada, pode mostrar com maior nitidez os efeitos da idéia perseguida de tutela concreta da posse e do direito de propriedade. Não se trata de exame destinado a estabelecer critérios classificatórios da natureza e dos elementos, ou mesmo a definição desta ou daquela ação típica, embora possa fazê-lo em vista dos fins propostos. O objetivo é o de identificar os efeitos das idéias de conteúdo material

da posse e de direito constitucional de ser proprietário na tutela da posse e do direito de propriedade e na configuração das principais ações típicas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro. Para que o exame seja hermeneuticamente rico e produtivo deve comportar uma análise comparativa, e por isso mesmo dialética²¹, entre a operacionalidade da tutela da posse e do direito de propriedade na jurisprudência de alguns tribunais brasileiros e a idéia de tutela concreta da posse e do direito de propriedade aqui desenvolvida.

Antes de iniciar a análise propriamente dita, é necessário ressaltar o caráter executivo da maioria das ações típicas destinadas a tutelar a posse e o direito de propriedade. Trata-se de executividade *latu sensu* onde a execução, de acordo com Ovídio A. Baptista da Silva, é ato do processo de conhecimento²². O próprio Ovídio A. Baptista da Silva arrola entre as ações executivas a ação de reintegração de posse²³, a ação reivindicatória, a ação de divisão e a ação de imissão de posse, onde segundo ele, a

²¹ Análise dialética que, obviamente, está na linha da dialética negativa, conforme concebido no Capítulo VIII, Seção 23, *supra*.

²² Ação de Imissão de Posse, 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997, pág. 76.

²³ Edson Ribas Malachini entende que a ação de manutenção de posse e o interdito proibitório são ações mandamentais (A Eficácia Preponderante das Ações Possessórias, *in* Revista de Processo n.º 71, pág. 14 e seguintes).

executividade resulta do conteúdo da respectiva demanda de cognição²⁴.

A ação de usucapião é essencialmente declarativa porque de acordo com Pontes de Miranda declara que em certo momento se usucapiu²⁵.

A força executiva e mandamental das ações típicas é elemento fundamental na construção de tutelas concretas e diferenciadas para a posse e para o direito de propriedade. A executividade e a mandamentalidade integram a ação de direito material surgida no âmbito do direito material e, com isso, permitem que a atividade jurisdicional possa produzir efeitos concretos na realidade para assegurar a efetividade material dos direitos.

a) Possessórias

As ações possessórias tutelam o fato da posse. A proteção possessória, que subsiste enquanto perdurar o ato da posse, se dirige para o fato material da posse e seus valores. Na tutela da posse

²⁴ Para Ovídio A. Baptista da Silva "A questão verdadeiramente relevante para poder-se distinguir uma ação condenatória de outra executiva lato sensu não é o fato de ser real ou obrigacional, absoluto ou relativo o direito de que tal ação se deriva. O problema se reduz à averiguação do conteúdo da demanda de cognição, a fim de que se possa determinar se a lide do "processo de conhecimento" tem em si mesma a controvérsia sobre a legitimidade da posse que o demandado exerce sobre a coisa, cuja transferência se pede com a ação, já que, como dissemos, o ato executivo importará sempre numa transferência de algo do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, quer esse resultado se obtenha por meio de dois estágios, como acontece com as ações condenatórias, quer o resultado final se dê na própria relação processual da sentença de cognição" (Ação de Imissão de Posse, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 77).

não se consideram valores inerentes ao direito de propriedade²⁶. Mesmo no caso de conflito entre proprietário e possuidor, conforme ressalta Adroaldo Furtado Fabrício, poderá prevalecer a proteção possessória²⁷.

A noção de conteúdo material da posse dirige-se à tutela da posse como fato que tem relevância para a ordem jurídica, independentemente da consideração dos valores da propriedade, embora de forma genérica posse e propriedade sejam institutos ligados à necessidade de apropriação de bens na vida em sociedade.

A noção de tutela concreta da posse mostra-se útil e eficaz para proteger a posse nos casos de invasões de áreas na cidade e no campo, de regularização fundiária de favelas ou mesmo de loteamentos clandestinos. Estas situações possessórias decorrem do conflito jurídico, social e econômico entre não-possuidores, possuidores e proprietários. O arranjo de tutelas que demandam ultrapassa as fronteiras de uma concepção conceitual-normativista do direito que insista em ignorar a importância dos valores da realidade social e histórica na concretização do direito materialmente justo, à luz dos princípios e

²⁵ Tratado das Ações, 1.ª ed., Bookseller Editora Ltda, Campinas, Tomo II, 1998, pág. 229.

²⁶ Ver supra Capítulo IX, Seção 25.

²⁷ Ver Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, pág. 269.

direitos fundamentais tutelados na Constituição de 1988.

Apesar do reconhecimento de que o fato da posse contém valores distintos dos do direito de propriedade, a proteção possessória continua a ser feita na perspectiva dos valores do direito de propriedade²⁸. São raros os julgados dos tribunais brasileiros, nos casos de conflitos decorrentes de invasões de áreas de terras, envolvendo proprietários, possuidores e não-possuidores, que se arriscam a tutelar a posse em detrimento do direito de propriedade, sem que o Estado intervenha no conflito, através da promoção de atos de desapropriação, com a garantia do direito de indenização ao proprietário^{29 30}.

Quando ocorrem invasões de áreas de terras, o proprietário busca proteção possessória através de ação de reintegração de posse. Tem-se então conflito em torno da posse do proprietário e a posse dos invasores. Nestas circunstâncias, a idéia de

²⁸ No recurso de agravo n.º 121314-1, relacionado a ação de reintegração de posse que tinha por objeto invasão de área, a 3.ª Câmara Cível do TAPr, em julgamento proferido em 18 de Agosto de 1998, entendeu que a função social não se presta a proteger a posse clandestina e que a posse é o sinal exterior da propriedade. O recurso de agravo n.º 149.162-5, julgado pela 5.ª Câmara Cível do TAPr em 29 de Dezembro de 1999 também faz referência a título de propriedade como elemento comprobatório do exercício possessório.

²⁹ Na apelação cível n.º 142.937-4, julgada em 13 de Março de 2000, a 6.ª Câmara Cível do TAPr entendeu que o descumprimento da função social pelo proprietário não autoriza a proteção possessória no caso de invasão e que o título de propriedade prevalece sobre a posse desprovida de título de propriedade.

³⁰ Jacques Távora Alfonsin comenta acórdão proferido no recurso de agravo n.º 598360402, pela 19ª Câmara Cível, do TJRS, onde, de forma inovadora e destoante da jurisprudência dominante, decidiu-se proteger a posse de 600 famílias em detrimento do direito de propriedade de empresa sobre área de terra considerada produtiva pelos padrões usuais (ver A Terra como Objeto de Colisão entre o Direito Patrimonial e os Direitos Humanos Fundamentais. Estudo Crítico de um Acórdão

conteúdo material da posse pode ser eficaz para a constatação da qualidade da posse do proprietário em face da observância do princípio da função social e da necessidade ou não de protegê-la³¹. Através da premissa de conteúdo material da posse, pode-se valorar e tutelar a posse independentemente da existência do título de propriedade.

b) Reivindicatória, Ação Negatória, Demarcatória, Ação de Divisão e Ação de Imissão de Posse

O artigo 524, do Código Civil de 1916, dispõe que o proprietário pode reaver a coisa objeto da propriedade de quem injustamente a possui. A retomada da coisa objeto da propriedade por parte do proprietário ocorre através da denominada ação reivindicatória. A exemplo do que acontece com a posse, o conflito mais comum em torno da propriedade ocorre entre o possuidor não-proprietário e o proprietário.

Paradigmático, in A Questão Agrária e a Justiça, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2000, pág. 202 e seguintes).

³¹ Luiz Edson Fachin afirma que na tutela possessória "é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a mens legis deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional. A liminar que seja deferida concedendo a reintegração de posse de imóvel nessa condição pode até atender a dogmática do Código Civil, mas se choca de frente com o novo texto constitucional." (A Justiça dos Conflitos no Brasil, in A Questão Agrária e a Justiça, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 285).

Conforme afirma Orlando Gomes³², a prova da propriedade é feita através do registro do título translativo que, todavia, tem valor probatório relativo. O valor probatório relativo do registro do título aquisitivo para a comprovação da propriedade torna-se mais acentuado quando reconhecido que a abstração da titularidade não é suficiente para assegurar a validade do direito de propriedade funcionalizado. Não basta que o proprietário promova ação reivindicatória para reaver a coisa objeto da propriedade afirmando e demonstrando apenas a existência do registro do título translativo da propriedade. Torna-se necessário demonstrar que, na qualidade de proprietário da coisa, está a exercer os poderes proprietários de acordo com os objetivos albergados pelo princípio da função social, sem o que não pode dispor de tutela para reaver a coisa de quem dela se apropriou e passou a possuí-la.

A ação reivindicatória deve comportar também o exame dos interesses não-proprietários envolvidos na situação proprietária concreta, que podem ser medidos através da premissa do direito constitucional de ser proprietário.

A jurisprudência dominante dos tribunais brasileiros tem ignorado a importância da

³² Direitos Reais, 14.ª ed., Cia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 256 e seguintes.

funcionalização na tutela do direito de propriedade permanecendo fiel a literalidade das disposições do Código Civil Brasileiro de 1916, que exige do proprietário a prova da propriedade, através do registro do título translativo da aquisição do bem para a viabilidade da ação reivindicatória³³.

No caso da ação negatória, o objetivo do proprietário autor é o de ver reconhecida a inexistência de direitos sobre a coisa objeto da propriedade que possam impedir o exercício pleno dos poderes proprietários. A ação serve também para obter tutela para assegurar o exercício dos poderes proprietários ameaçados por incômodos concretos provocados por vizinhos. Os prejuízos resultantes de incômodos potenciais podem ser preventivamente evitados através da ação de dano infecto. Em relação a proteção do direito de propriedade, a ação negatória tem função similar à ação de manutenção de posse e dos interditos. A viabilidade da demanda comporta a análise do cumprimento da função social pelos proprietários envolvidos no conflito.

³³ Na Apelação Cível n.º 64742700, acórdão n.º 17636, proferido em 24 de Maio de 2000, a 2.ª Câmara do TJPr decidiu que a viabilidade da ação reivindicatória depende da comprovação do registro imobiliário do título aquisitivo da propriedade. No mesmo sentido, encontra-se a decisão da apelação cível 72771300, acórdão 15514, da 4.ª Câmara Cível, do TJPr, proferida em 23 de Junho de 1999. No sentido da valorização da posse, todavia, tem prevalecido o entendimento de que o possuidor pode opor-se a pretensão do proprietário, na ação reivindicatória, alegando a configuração de usucapião, desde que reconhecida a posse justa e mansa (Apelação Cível n.º 72689000, acórdão n.º 17224, de 11 de Abril de 2000, da 3.ª Câmara Cível do TJPr).

A ação demarcatória objetiva demarcar os limites entre duas áreas de terras. No caso de demarcação de área objeto de propriedade, a ação destina-se a demarcar fisicamente no terreno as medidas e as confrontações constantes do título objeto do registro imobiliário. O problema surge quando, em virtude de incoincidências entre a situação proprietária concreta e os dados constantes do título de propriedade registrado, ocorre de constatar-se que um dos proprietários apropriou-se de porção de área que pertencia a outro. Qualquer que venha ser a discrepância, ela acaba sendo medida de acordo com os dados constantes do título registrado³⁴. Considerado o princípio da função social, a solução para as discrepâncias entre os dados do título e a situação proprietária concreta deve ser alcançada mediante a valoração dos elementos desta em detrimento dos daqueles.

No caso de ação de divisão, o princípio de funcionalização da propriedade deve ser invocado para evitar que o ato de divisão venha a dificultar o exercício dos poderes proprietários e provocar prejuízos para os interesses não-proprietários. Na divisão de área entre co-

³⁴ A 2.ª Câmara Cível do TJPR, na decisão da apelação cível n.º 46573-4, proferida em 06 de Maio de 1998, firmou entendimento no sentido de que o proprietário, ainda que sem posse, é legitimado para a ação demarcatória, desde que existente incerteza em relação à linha divisória.

proprietários, o direito de propriedade não deve ser considerado apenas pelo aspecto formal da titularidade sendo necessário a demonstração da observância da função social no exercício dos poderes proprietários³⁵.

A ação de imissão de posse destina-se a tutelar o direito à posse naqueles casos em que o titular não é o proprietário. Não se trata de ação possessória porque não objetiva proteger o fato da posse. Também não se confunde com a ação reivindicatória que se destina a tutelar o direito do proprietário no exercício dos poderes proprietários sobre a coisa. É ação sumária e de natureza executiva porque a tutela abrange ordem modificativa da realidade fática, onde a defesa do demandado está limitada à discussão da legitimidade do documento comprobatório do direito à posse, embora não esteja afastada a possibilidade de questionamento a respeito da posse propriamente dita³⁶. Também neste caso, o direito à

³⁵ Na decisão do recurso de agravo n.º 73790-2, proferida em 11 de Agosto de 1999, a 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que, na ação de divisão, o título de propriedade pode ser oposto contra o possuidor que mantinha atividade produtiva na área objeto da divisão por mais de trinta anos.

³⁶ Ovídio Baptista da Silva defende a natureza executiva e sumária da ação de imissão de posse concluindo que "a) o vigente Código de Processo Civil não revogou, ou sequer modificou, o direito material, suprimindo a pretensão e a ação (de direito material) de imissão de posse; b) a supressão do que o legislador de 1939 entendia como sendo apenas "especialidade ritual" da ação de imissão de posse, aí prevista nos arts. 381-383, de modo algum a transformou em demanda condenatória, pois que sua executividade essencial repousa no plano do direito material, como esperamos ter demonstrado com a análise do conceito de ação executiva lato sensu, procedida na parte geral deste ensaio; c) finalmente, mesmo não sendo possessória, pois que por meio dela se faz valer "direito à posse", que nada tem a ver com tutela jurisdicional do fato da posse, apesar disso, a ação de imissão de posse não se confunde com a reivindicatória, pois deve - sob pena de desaparecer - permanecer sumária, mantido o princípio da limitação da defesa apenas à "nulidade" do documento com base no qual se reclama o indicado "direito à posse". Em verdade, o princípio inscrito no art. 383, parágrafo único, do Código de 1939, que restringia a defesa à "nulidade manifesta" do documento produzido, é coessencial à própria demanda. Se ela não for sumária,

posse deve ser valorado no sentido da concretização do princípio da função social. O Juízo valorativo não pode restringir-se à análise formal dos elementos do título de propriedade³⁷.

A ação de imissão de posse pode ser útil para instrumentalizar tutelas de direitos decorrentes de ocupação irregular de áreas urbanas com a finalidade de moradia, onde o titular do direito à posse não pode ser reconhecido possuidor ou proprietário.

c) Desapropriatórias e Discriminatórias

A ação desapropriatória nas suas diversas modalidades permite ao Poder Público destituir o proprietário do direito de propriedade. A desapropriação pode ocorrer uma vez materializado o interesse social³⁸, a necessidade ou a utilidade pública³⁹ admitindo-se a imissão provisória do Poder Público na posse do imóvel desapropriado, na forma do

realmente desaparecerá, confundida com a reivindicatória." (Ação de Imissão de Posse, pág. 159/160).

³⁷ Na Apelação Cível n.º 76630300, acórdão n.º 16518, a 4.ª Câmara Cível do TJPr fez análise do direito à posse a partir de análise formal do título de propriedade.

³⁸ Os casos de desapropriação por interesse social estão disciplinados na Lei n.º 4132, de 10 de Setembro de 1962.

³⁹ Hely Lopes Meirelles afirma que a necessidade pública ocorre quando existentes situações de emergência que exigem a transferência de bens particulares para o domínio da Administração. A utilidade pública na desapropriação, de acordo com o administrativista, configura-se pela conveniência para a Administração na transferência de bens particulares para o domínio do Estado. Finalmente, o interesse social decorre de situações que exigem melhor aproveitamento dos bens e maior produtividade em benefício do bem-estar social. (Direito Administrativo Brasileiro, 21.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996, pág. 519/520).

disposto no Decreto-Lei n.º 3365/41. Também pode ocorrer a desapropriação indireta onde o Poder Público passa a ocupar o imóvel pertencente ao particular sem observar a regularidade do procedimento desapropriatório. Em qualquer caso, o proprietário tem direito a justa indenização, conforme o disposto no artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988.

A desapropriação por interesse social adquire maior relevância, para o efeito de concretização do princípio da função social da propriedade, porque o ato de desapropriação tem por finalidade destituir o proprietário do exercício dos poderes proprietários⁴⁰ para dar destinação ao bem desapropriado compatível com os interesses sociais. Entre os casos de desapropriação por utilidade social estão os de áreas rurais destinada à reforma agrária (artigo 184, da Constituição Federal de 1988) e de áreas urbanas que possam ser destinadas a uso condizente com os interesses tutelados pelo princípio da função social da propriedade urbana (artigo 182, da Constituição Federal de 1988 e, de forma específica, a Lei n.º 4132/62)⁴¹.

⁴⁰ Para José Cretella Júnior, a desapropriação por interesse social está relacionada aos problemas sociais da população menos favorecida que exigem soluções urgentes e inadiáveis por parte do Estado. (Comentários à Lei de Desapropriação, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1991, pág. 517).

⁴¹ Em relação a desapropriação por interesse social disciplinada na Lei 4132/62, Celso Antônio Bandeira de Melo lembra que, exceto no que diz respeito a desapropriação por interesse social

As dúvidas que surgem nos casos de desapropriação por interesse social de áreas destinadas a reforma agrária estão relacionados ao estabelecimento de critério objetivo de produtividade, já que o artigo 185, da Constituição de 1988, declarou insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva. A jurisprudência tem mensurado o cumprimento ou não pelo proprietário das obrigações decorrentes do princípio da função social da propriedade pelos critérios de produtividade fixados na Lei 8629/93⁴². Do cotejo entre o disposto no artigo 185 e 186, da Constituição de 1988 é possível afirmar que propriedade produtiva é aquela que cumpre a função social. A Lei 8629/93, entretanto, não contempla mensuração a respeito do grau de desenvolvimento econômico e de geração de emprego e renda possibilitados pelo exercício dos poderes proprietários, o que resulta em prejuízo da defesa dos interesses não-proprietários⁴³.

para fins de reforma agrária, está pacificado o entendimento de que Municípios, Estados e a União têm competência para desapropriação por interesse social. (Curso de Direito Administrativo, 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1994, pág. 417).

⁴² Na decisão das apelações cíveis n.º 1998.04.01.023503-9/RS e n.º 1998.04.01.023504-0/RS, proferidas em 18 de Novembro de 1999, a 3.ª Turma do TRF da 4.ª Região elegeu os critérios de produtividade estabelecidos pela Lei 8629/93 como determinantes para a valoração do cumprimento da função social da propriedade, sem valorar os efeitos da produtividade de acordo com o disposto no artigo 186, da Constituição de 1988, embora a ele se refira de forma expressa.

⁴³ Na decisão dos recursos de apelação n.º 97.04.02355-3/PR e 97.04.02356-1/PR, proferidas também pela 3.ª Turma do TRF da 4.ª Região em 18 de Março de 1999, embora mensurados critérios de produtividade, não houve abordagem da função social em toda a sua extensão, conforme o contido no voto vencido que levantou pontos relativos ao número de empregos oferecidos na propriedade objeto da demanda e a forma de exploração agrícola da área feita pelos proprietários. Na valoração dos níveis de produtividade, o Tribunal não leva em conta aspectos relativos ao incremento de renda e melhoria de indicadores sociais elementos que estão implícitos na concepção de propriedade funcionalizada.

De modo a favorecer a concretização do princípio da função social, a posse não pode ser presumida em favor do proprietário⁴⁴. É imprescindível valorar a exploração efetiva da terra, de forma a proteger os interesses não-proprietários, podendo-se utilizar para esse fim da premissa do direito constitucional de ser proprietário.

A ação discriminatória permite obter tutela para a discriminação de terras públicas apropriadas por particulares⁴⁵. A ação está disciplinada pela Lei 6383, de 07 de Dezembro de 1976. A Lei confere legitimidade ao Incra - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para a propositura da demanda.

A valoração dos títulos de propriedade na ação discriminatória que envolva a existência de propriedade na área discriminada não deve restringir-se ao aspecto formal do documento e da continuidade dos registros. É necessário verificar se o exercício dos poderes proprietários está orientado pelo princípio de funcionalização tutelado na Constituição de 1988. Sem o cumprimento da função social, a

⁴⁴ Na decisão da apelação n.º 93.04.11901-4/PR, proferida em 18 de Novembro de 1993, a mesma 3.ª Turma do TRF da 4.ª Região entendeu que, a partir da regra do artigo 505, do Código Civil, a posse deve ser presumida em favor do titular da propriedade.

⁴⁵ Erminia Maricato ressalta que "A discriminatória das terras públicas poderia devolver à esfera pública grande parte do território nacional que tem sido ocupado gradativamente e ininterruptamente, a partir de 1850." Essa ocupação, segundo a urbanista, não ocorre apenas na região norte do Brasil, mas em áreas próximas a região metropolitana de São Paulo. (As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias, in A Cidade do Pensamento Único - Desmanchando Consensos, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 2000, pág. 121 e seguintes).

propriedade de imóvel integrante de área discriminada não deve ser reconhecida legítima perante o ordenamento jurídico⁴⁶.

d) Usucapião

De acordo com Pontes de Miranda, na ação de usucapião o fato principal é a posse que permite adquirir. Por isso, não se adquire por usucapião de alguém⁴⁷.

São requisitos da ação de usucapião o tempo da posse e, em determinados casos, a existência de justo título e de boa-fé. Referidos requisitos qualificam subjetivamente a posse. O importante, porém, para a usucapião, é o fato da posse e o tempo de exercício possessório objetivamente constatáveis. O que deve ser tutelado é o fato da posse para o efeito de propiciar ao possuidor a declaração de domínio sobre o bem possuído.

A posse apta a permitir a aquisição do domínio está também sujeita ao cumprimento dos objetivos integrantes do princípio da função social tutelados na Constituição de 1988. O fato da posse

⁴⁶ No REsp. n.º 27882-GO, em decisão proferida em Junho de 1994, que julgou recurso interposto em ação discriminatória fundamentada na Lei 6383/76, o STJ reconheceu o direito a defesa da posse baseada no reconhecimento do domínio a partir dos títulos apresentados pela parte, sem cogitar do cumprimento da função social da propriedade no exercício dos poderes proprietários.

⁴⁷ Tratado das Ações, Campinas, 1.ª ed. Bookseller Editora e Distribuidora, Tomo II, 1998, pág. 227.

juridicamente relevante deve ser valorado pela utilidade social propiciada pelo ato de apropriação, notadamente de bens de produção como é o caso da terra. A utilidade social da posse necessária para a aquisição do domínio é exigência que decorre do contido nos artigos 183 e 191, da Constituição 1988. Para o efeito de usucapião, a posse de área urbana deve estar destinada a moradia. A posse de área rural ou posse agrária⁴⁸ deve ser produtiva⁴⁹. Mesmo que destinada a permitir ao possuidor a aquisição do título de propriedade, a posse na ação de usucapião não deve ser valorada a partir de elementos do direito de propriedade⁵⁰.

A noção de utilidade social da posse não se restringe a determinadas modalidades de usucapião. Ela decorre das finalidades integrantes do princípio da função social a que está sujeita a posse. A idéia de conteúdo material da posse, que contempla a

⁴⁸ Em relação a posse agrária, Antonio José de Mattos Neto afirma que "O artigo 191 ao tratar do usucapião agrário, exigiu, além dos requisitos comuns a toda e qualquer posse útil ao usucapião, dois outros, quais sejam: produtividade da terra por trabalho pessoal do trabalhador ou sua família; e moradia na gleba de terra. Estes são dois elementos que caracterizam a posse agrária típica. Dizemos típica por entender que a posse agrária assume esta modalidade, mas não só, podendo também existir quando uma pessoa jurídica explora economicamente uma gleba de terra rural." (Institutos Básicos do Direito Agrário à Luz da Constituição de 1988, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 15, n.º 55, Janeiro-Março de 1991, pág. 134-141).

⁴⁹ Antonio José de Mattos Neto ressalta também que quando o artigo 191, da Constituição de 1988, fala que os imóveis públicos são inusucapíveis refere-se a terras públicas e não a terras devolutas que, consoante o disposto no inciso III, do artigo 63, do Código Civil, constituem bens públicos dominicais. (Ver Institutos Básicos do Direito Agrário à Luz da Constituição de 1988, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 15, n.º 55, Janeiro-Março de 1991, pág. 134-141).

⁵⁰ Na Apelação Cível n.º 99500-8, acórdão n.º 8425, de 29 de Abril de 1997, da 3.ª Câmara Cível e na Apelação Cível n.º 0122705-6, acórdão 9953, de 26 de Agosto de 1998, da 4.ª Câmara Cível, o TAPr valorou a posse para a usucapião com base na noção de *animus domini*.

compreensão hermenêutica e dialética dos valores finalísticos do fato da posse, é fundamental para a valoração da utilidade social da posse e para viabilizar a ação de usucapião em geral.

CONCLUSÃO

a) Premissas

O problema da construção de tutelas para assegurar a efetividade da posse e do direito de propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, pode encontrar solução na perspectiva de uma racionalidade de concretização, apoiada nas premissas da hermenêutica filosófica e da dialética negativa que, mediante a forma do ensaio, reconheça relevantes os valores da realidade fática, no confronto tópico-problemático com os elementos da lei positiva.

A tutela concreta da posse e do direito de propriedade envolve a análise de três aspectos da constituição da juridicidade e seus reflexos no processo de concretização.

No plano mais genérico, que está atrelado à idéia de interdisciplinaridade, situa-se a questão da hermenêutica e de metodologia interpretativa.

Num outro plano coloca-se o problema da formação histórica dos conceitos de posse e de propriedade e o da configuração da posse e do direito de propriedade na realidade social, econômica e jurídica brasileira. O alcance social e econômico da

posse e da propriedade coloca para o jurista a necessidade de identificar a relação entre direito, filosofia, sociologia, geografia humana, arquitetura e economia, numa visão interdisciplinar e crítica.

Finalmente, o plano que funciona como uma espécie de síntese, e que se ocupa do processo, está direcionado para a formulação de técnicas de tutela aptas a assegurar a efetividade material da posse e do direito de propriedade.

b) O significado da hermenêutica

No plano da hermenêutica e da metodologia interpretativa, é necessário ressaltar que a concepção de interpretação atrelada à positividade da lei, legada pelo pensamento de Savigny, não permite formular tutelas para a posse e para o direito de propriedade comprometidas com o princípio de efetividade porque ignora os valores da realidade fática, que são determinantes para a configuração material dos direitos.

O caráter fragmentário da interpretação preocupada em distinguir elementos gramaticais, lógico-sistemáticos, históricos, sociológicos ou finalísticos, a partir da positividade

da lei, perde de perspectiva o papel da linguagem e a presença do intérprete no processo de interpretação.

Ao propugnar pela univocidade de sentido do texto legal, a técnica interpretativa envereda para uma abordagem abstrata e conceitual do fenômeno jurídico que conduz a considerar a lei positiva o fundamento último do direito.

A concepção abstrata do direito, ligada à interpretação que se apoia na positividade da lei, concebe o direito como sistema fechado e completo de normas que não admite a existência de lacunas.

Não é possível, todavia, ignorar a existência de lacunas. O problema das lacunas e da natureza do sistema mais apropriado ao direito está relacionado ao modo como concebida a completude ou a incompletude do sistema jurídico.

A existência e a colmatação de lacunas estão vinculadas à interpretação e à aplicação e, conseqüentemente, ao processo de concretização de direitos.

A solução do problema das lacunas exige, desse modo, que o direito seja considerado sistema aberto e incompleto de normas. A incompletude do sistema jurídico permite reconhecer os valores da realidade fática e facilita o trabalho de construção de

tutelas para a posse e para o direito de propriedade comprometidas com o justo concreto.

A racionalidade lógico-formal que defende a existência de um sistema fechado e completo para o direito mostra-se limitada para a compreensão do fenômeno jurídico. Por isso, o processo de interpretação e de aplicação do direito não pode ser explicado apenas por silogismos. A lógica do silogismo não contempla o trabalho interpretativo que leva a determinação das premissas de regulação do caso concreto.

É necessário que o direito seja concebido como sistema aberto e incompleto de normas, de forma a incorporar a dinâmica dos valores inerente à juridicidade e possa, desse modo, tornar possível a construção de tutelas comprometidas com a efetividade material da posse e do direito de propriedade. A idéia de Claus-Wilhelm Canaris de sistema como ordem axiológica e teleológica pode ser aproveitada para conferir ao sistema jurídico a abertura necessária para incorporar valores sem, entretanto, perder-se o caráter sistemático e sistematizante do ordenamento jurídico.

Em função do caráter aberto e incompleto do sistema jurídico, a norma jurídica não se reduz à positividade da lei. O sentido da norma

jurídica estrutura-se mediante o processo de concretização, que compreende interpretação e aplicação, e que contempla os valores da realidade social e histórica. A mensuração de valores que ocorre no processo de concretização confere relevância ao papel do intérprete no achamento do direito materialmente justo. A interpretação jurídica, portanto, é obra de um sujeito integrado na realidade histórica de construção da juridicidade.

A centralidade do processo de concretização na constituição do direito materialmente justo importa na ruptura com a racionalidade formal-positivista. Coloca também a necessidade de explicitar os fundamentos teóricos de uma nova racionalidade interpretativa capaz de assimilar a compreensão da relação indissociável entre os elementos da lei positiva e os valores da realidade fática.

Os fundamentos desta nova racionalidade comprometida com a natureza valorativa do fenômeno jurídico e com a posse e o direito de propriedade materialmente justos podem ser encontrados nas premissas da hermenêutica filosófica e da dialética negativa.

A construção do justo concreto, a partir do acesso hermenêutico ao direito, conduz à problematização do caso e revigora o pensamento tópico

e prudencial legado pela tradição aristotélica da filosofia prática. A reaproximação entre hermenêutica jurídica e a filosofia prática aristotélica substituiu no direito o pensamento categorial dos conceitos pelo pensamento tópico e problemático, que pode tomar a forma do ensaio, sem a preocupação imediata com demonstrações lógico-dedutivas. Recupera-se no direito a concepção material dos institutos jurídicos e os valores da justiça. Interessa tutelar, portanto, a posse e o direito de propriedade materialmente justos, inseridos na realidade social e histórica, e não uma essência abstrata e a-histórica de posse e de propriedade.

c) Posse e Propriedade

No plano do direito material, a tutela efetiva da posse e do direito de propriedade precisa considerar a perspectiva social e histórica do fato da posse e da situação proprietária concreta, sem o que pode resultar comprometida a materialização do justo concreto.

Preponderou na história uma concepção de posse vinculada ao conceito de propriedade. A posse perdeu a espontaneidade do fático. Ao mesmo tempo, ganhou relevância a idéia de

propriedade absoluta, sujeita apenas a vontade do proprietário. A propriedade privada de caráter absoluto consolidou o modelo econômico do capitalismo. Em função dos desajustes sociais provocados pela prática do liberalismo econômico, a noção de propriedade absoluta passou a ser questionada no decorrer do século XX. De forma progressiva, o conceito de propriedade alargou-se para considerar os interesses do proprietário e os dos não-proprietários. Passou-se a exigir do proprietário a observância de finalidades sociais no exercício dos poderes proprietários.

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou a noção de propriedade absoluta, disciplinada no Código Civil de 1916 que, no particular, repercutiu o disposto sobre a matéria pelo Código Napoleônico de 1804.

O tratamento jurídico da propriedade, no direito brasileiro, todavia, não foi capaz de alterar a estrutura fundiária do país, apoiada no latifúndio que veio a consolidar-se com a Lei de Terras de 1850, embora suas raízes possam ser localizadas no regime de sesmaria.

A exemplo do que ocorreu em outros países, com a consolidação do capitalismo, na ordem jurídica brasileira, a propriedade sobrepujou a posse. Em diferentes graus, ao longo da história social e

econômica do país, sempre preponderou o modelo econômico do capitalismo apoiado na propriedade privada dos meios de produção.

A configuração social e jurídica da propriedade privada assegurou a manutenção do latifúndio no campo brasileiro e impulsionou o processo de urbanização. Também acentuou a falta de habitação para a população crescente das cidades e intensificou os conflitos pela posse da terra, no meio rural. Ainda que se deva evitar inferências mecanicistas, é certo que o modelo econômico exerceu influência decisiva sobre o processo de migração do campo para a cidade e na forma de urbanização correlata.

A solução dos problemas decorrentes da urbanização no Brasil encontrou obstáculo no fato de o Estado, no início do século XX, ter demorado a reconhecer a necessidade de formulação de políticas de desenvolvimento urbano e de construção de moradias. Somente a partir das décadas de 30 e 40, do século XX, é que o Poder Público interveio no espaço urbano para incentivar a construção de moradias. A intervenção estatal, entretanto, não incluiu a formulação de política consistente de desenvolvimento urbano e de construção de moradias.

Os problemas urbanos se agravaram com o crescimento das cidades e com o aumento de

ocupações irregulares do solo, da poluição, da degradação ambiental e dos congestionamentos de tráfego.

A tutela da posse e do direito de propriedade no Código Civil de 1916 se manteve alheia ao crescimento dos problemas de ocupação do espaço urbano e ao agravamento dos conflitos em torno da posse da terra no campo. A interpretação das disposições do Código Civil de 1916 distanciou-se da concretização do princípio de efetividade material da posse e do direito de propriedade ao tutelar a posse como direito, em decorrência da aproximação dos elementos da posse dos da propriedade, e do caráter absoluto conferido à propriedade.

Com a Constituição de 1946, atenuou-se o caráter absoluto da propriedade e produzem-se várias leis tendentes a disciplinar a apropriação do solo urbano e rural de forma condizente com o princípio de bem-estar social. Reconheceu-se que a propriedade deveria cumprir uma função social, embora a maior parte da jurisprudência e da doutrina tenha continuado a reconhecer a posse e o direito de propriedade através do tratamento conferido aos institutos pelo Código Civil de 1916.

Na Constituição de 1988 consolidou-se novo paradigma de funcionalização para o direito de

propriedade, que inviabiliza a interpretação isolada das disposições do Código Civil. O exercício dos poderes proprietários ficou sujeito a orientar-se pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

d) Processo

No plano do processo, torna-se necessário reconhecer a existência de uma dinâmica de complementaridade entre ação e jurisdição. Em função desta dinâmica, readquire importância a idéia de ação de direito material que situa a exigibilidade de satisfação para o titular na esfera do próprio direito material. A complementaridade funcional entre ação e jurisdição ultrapassa também os limites postos para o poder jurisdicional de atividade estritamente declarativa. A jurisdição recupera a executividade que lhe é própria para interferir e modificar a realidade e assegurar a satisfação material dos direitos.

O poder de *imperium* da jurisdição e a idéia de ação de direito material reaproximam direito material e processo. A defesa da autonomia entre direito e processo perde relevância prática e teórica. Importa definir a finalidade do processo de assegurar a satisfação material dos direitos. A relação entre direito e processo confere sentido ao princípio da

instrumentalidade. Reforça-se o caráter instrumental do processo que permite reconhecer os elementos valorativos do fato da posse e da situação proprietária concreta e viabilizar a construção de tutelas diferenciadas para a posse e para o direito de propriedade.

O fundamento do princípio da instrumentalidade, em sentido estrito, está no fato de a natureza da tutela depender do conteúdo do direito material a ser tutelado. Impõe-se, desse modo, a construção de tutelas diferenciadas capazes de amoldar-se a estrutura do direito material. A diferenciação deve estar relacionada aos efeitos que, na perspectiva do processo de concretização, a tutela é capaz de produzir na vida do direito.

Na essência da atividade de construção de tutelas concretas de direitos está a integração valorativa entre racionalidade hermenêutica, direito material e processo, que ocorre por meio da concreção do princípio da instrumentalidade.

A construção de tutelas comprometidas com a efetividade material dos direitos está atrelada ao processo de concretização e a uma abordagem tópico-problemática do direito, direcionada para os valores do caso concreto.

e) Giro dialético

A interação dialética entre racionalidade hermenêutica, direito material e processo, que se intensifica a partir deste ponto, permite atingir o objetivo de construção de tutelas comprometidas com a efetividade da posse e do direito de propriedade, na realidade social e jurídica brasileira.

A formulação de uma nova racionalidade para o direito, apoiada nos postulados da hermenêutica filosófica e da dialética negativa deve confrontar-se, antes de mais nada, com o problema do método.

Embora não esteja orientada por uma metodologia específica, a hermenêutica não repudia o método. A hermenêutica questiona os motivos determinantes da escolha do método e seus efeitos no processo de concretização dos direitos.

O problema do método surge no processo de concretização ligado à particularidade da relação valorativa entre os elementos da lei positiva e os da situação de fato a ser regulada. Daí que o acesso hermenêutico ao direito inviabiliza a formulação de uma metodologia da concretização, dado o caráter singular de cada ato de interpretação e de aplicação.

A hermenêutica, portanto, é a possibilidade da consciência da finitude do método e da teoria. Ela demanda a prática de um modo de pensar dialético que não seja apenas consciência dos limites da teoria e da regra jurídica, mas que permita reconciliar teoria e prática, regra e situação de fato. A dialética implicada no acesso hermenêutico ao direito não se resolve positivamente no sentido de permitir avançar de um estágio teórico a outro. No presente do capitalismo tardio do processo de trocas administrado, a dialética está impossibilitada de resolver-se positivamente porque bloqueada a práxis que permitiria a emergência da verdade e da justiça. A dialética opera negativamente para denunciar a injustiça do presente, para demonstrar a insuficiência do conceito e para romper os obstáculos que impedem a emergência do justo e da verdade no mundo.

A dialética negativa permite demonstrar os limites dos conceitos de posse e de propriedade na realidade social do presente, ao mesmo tempo em que viabiliza a possibilidade de concretização da posse e do direito de propriedade materialmente justos.

Não é possível, desse modo, a formulação de uma teoria em torno da tutela concreta da posse e da propriedade, o que não elimina a necessidade

de enfrentar o problema da tutela da posse e da propriedade na realidade contemporânea. A solução para o problema teórico da tutela concreta da posse e da propriedade no presente pode ser construída através da forma do ensaio que trabalha com a tensão dos limites do dogmatismo. O ensaio permite formular a crítica da insuficiência do conceito a partir do não-conceitual. Possibilita também a compreensão dos valores inscritos na singularidade da realidade fática.

Os fundamentos da tutela concreta da posse e do direito de propriedade, portanto, podem ser compreendidos através do ensaio e do pensar tópico-problemático, apoiado nas premissas da hermenêutica filosófica e da dialética negativa. O resultado da compreensão pode ser o ponto de partida para uma práxis que venha viabilizar a construção teórica.

O compreender hermenêutico que insere o intérprete na experiência do mundo permite captar o sentido e o significado que a função social da posse e do direito de propriedade assume no interior do ordenamento jurídico. A função social orienta os conceitos de posse e de propriedade para a recepção de valores ligados à realidade social e histórica em que inseridos o ato possessório, a situação proprietária concreta e o conflito entre proprietários e não-proprietários, possuidores e não-possuidores.

A funcionalização contempla os valores da situação de fato, a experiência do homem no mundo e a configuração das relações sociais e de produção. Do ponto de vista do processo de concretização da posse e do direito de propriedade, a funcionalização somente é determinável à luz dos elementos da situação de fato que reclama tutela. A função social valoriza a presença do homem no mundo. Para o princípio de funcionalização perde sentido a quantificação abstrata da produção. O conteúdo finalístico da função social contempla o objetivo de melhoria concreta da qualidade de vida das pessoas.

A função social integra a posse e o direito de propriedade e, neste sentido, obriga o proprietário e o possuidor a observar o conteúdo finalístico tutelado pela ordem jurídica para o exercício dos poderes proprietários e para o ato de apropriação que caracteriza a posse.

Através da função social torna-se efetiva a participação da cidadania na produção do espaço necessária para assegurar o acesso a terra no campo e o direito à cidade.

A funcionalização valoriza o aspecto fático e processual da posse. O fato da posse deixa de ser mensurado a partir dos elementos do direito de propriedade. No confronto entre o direito de

propriedade e a posse, devem preponderar os valores da posse porque é através da posse que se materializa na realidade concreta a funcionalização da propriedade e a apropriação de bens que viabiliza a satisfação das necessidades humanas.

A valoração da posse deve ser feita a partir da utilidade social e do potencial de uso propiciados pelo ato de apropriação. A idéia de conteúdo material da posse, deste modo, permite valorar o apossamento efetivo e a utilidade social integrantes do ato da posse.

A premissa do conteúdo material da posse valoriza a exploração efetiva da terra no campo e o acesso à moradia, nas cidades.

No que se refere a propriedade, a funcionalização coloca em evidência o caráter limitado e incompleto do conceito de propriedade que deve ser denunciado por meio da dialética negativa e do compreender hermenêutico. O conceito abstrato de propriedade ignora os efeitos da apropriação de bens nas relações sociais e de produção.

Além dos interesses proprietários, a tutela do direito de propriedade funcionalizado deve proteger os interesses não-proprietários coenvolvidos na situação proprietária concreta.

A tutela dos interesses não-proprietários pode orientar-se pela idéia da existência de um direito constitucional de ser proprietário, onde considerado que o direito de propriedade funcionalizado não está destinado apenas a salvaguardar os interesses proprietários, mas deve estar comprometido com a produção de benefícios para toda a sociedade.

As idéias de conteúdo material da posse e direito constitucional de ser proprietário não são conceitos de posse e de propriedade, respectivamente. Tratam-se de premissas hermenêuticas destinadas a valorar a posse e a propriedade no processo de concretização.

A construção da tutela da posse e do direito de propriedade, por meio das idéias de conteúdo material da posse e de direito constitucional de ser proprietário, assume como relevante e merecedor de proteção o fato da posse e a situação proprietária concreta funcionalizados para contemplar o objetivo de utilidade social do ato possessório e do exercício dos poderes proprietários. Para esse objetivo, torna-se indispensável o manejo técnico de ações típicas, como também uma prática jurisprudencial de construção de tutelas diferenciadas, voltada para reconhecer as especificidades do fato da posse e da situação proprietária concreta.

A própria técnica de construção de tutelas deve atuar para delimitar o alcance e a extensão da função social na posse e no exercício dos poderes proprietários.

É necessário também que a construção da tutela concreta da posse e do direito de propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, reconheça que a posse e a propriedade devem ser protegidas de acordo com as peculiaridades com que se manifestam na realidade social e histórica do país.

Na realidade social e jurídica brasileira, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado na Constituição Federal de 1988, mediante uma racionalidade hermenêutica renovada, deve ocorrer na pessoa dos proprietários e não-proprietários, possuidores e não-possuidores, considerados sujeitos concretos inseridos na realidade das relações sociais e de produção. Afinal, somente desse modo a funcionalização da posse e do direito de propriedade poderá avançar para além da retórica do discurso, cumprir a tarefa de multiplicar situações proprietárias e possessórias e contribuir para alterar a realidade social do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS

- ADORNO, Theodor W. *et alii*. Dialética do Esclarecimento - Fragmentos Filosóficos. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1985.
- ADORNO, Theodor W. Prismas – Crítica Cultural e Sociedade. São Paulo, Editora Ática, 1998.
- ALCHOURRON, Carlos E. *et alii*. Análisis Lógico y Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Regularização Fundiária: Um Imperativo Ético da Cidade Sustentável – O Caso de Porto Alegre. In Direito à Cidade – Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis, org. Nelson Saule Júnior, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, pág. 157-172.
- ALFONSIN, Jacques Távora. A Terra como Objeto de Colisão entre Direito Patrimonial e os Direitos Humanos Fundamentais. Estudo Crítico de um Acórdão Paradigmático. In A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 202-222.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 8.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1992.
- _____. Posse – Evolução Histórica. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1997.
- ALVIM, Décio Ferraz. Concepção Institucional de Propriedade. Estabelecimento Gráfico Cruzeiro do Sul.
- ARANTES, Otilia B. Fiori. Do Universalismo Moderno ao Regionalismo Pós-Crítico. In Urbanismo em Fim de Linha e Outros Estudos Sobre o Colapso da Modernização Arquitetônica. São Paulo, Edusp, 1998.
- _____. O Envelhecimento do Novo. In Urbanismo em Fim de Linha e Outros Estudos Sobre o Colapso da Modernização Arquitetônica. São Paulo, Edusp, 1998.
- _____. Uma Estratégia Fatal – A Cultura nas Novas Gestões Urbanas. In A Cidade do Pensamento Único – Desmanchando Consensos. Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 2000.
- ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo - Anti-Semitismo Imperialismo Totalitarismo. São Paulo, Cia das Letras, 1997.
- ARMELIN, Donaldo. O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba, Editora Juruá Ltda.
- ARONNE, Ricardo. Propriedade e Domínio – Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira. 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do Direito e Contexto Social. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Do Método Jurídico: Reflexões em Torno da Tópica. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul n.º 64, Julho de 1995, pág. 5-26.
- BARCELLONA, Pietro. Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno. Napoli, Jovene Editore, 1995.

- BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995.
- BELUZZO, Luiz Gonzaga. Finança Global e Ciclos de Expansão. In Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações. Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1999, pág. 92.
- BETTI, Emilio. Teoria Generale della Interpretazione., Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, vol. I e II, 1990.
- _____. Diritto Metodo Ermeneutica. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- _____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 5ª ed., Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda., 1993.
- BONDUKI, Nabil. Origens da Habitação Social no Brasil – Arquitetura Moderna, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria., São Paulo, Fapesp- Editora Estação Liberdade Ltda. 1998.
- BONFANTE, Pietro. História del Derecho Romano. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, vol I, 1944.
- BORNHEIM, Gerd. O Conceito de Descobrimto. Rio de Janeiro, Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1998.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Novo Código Civil Brasileiro. Projeto de Lei n.º 634 de 1975.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n.º 3071 de 1.º de Janeiro de 1916.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 5869 de 11 de Janeiro de 1973.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 58 de 10 de Dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 3365 de 21 de Junho de 1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 271 de 28 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador e concessão de uso.
- BRASIL. Estatuto da Terra. Lei n.º 4504 de 30 Novembro de 1964.
- BRASIL. Lei do Inquilinato. Decreto-Lei n.º 4598 de 1942.
- BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei n.º 4657 de 04 de Setembro de 1942.
- BRASIL. Lei de Terras. Lei n.º 601 de 18 de Setembro de 1850.
- BRASIL. Lei n.º 4132 de 10 de Setembro de 1962. Dispõe sobre os casos de desapropriação por interesse social.
- BRASIL. Lei n.º 4380 de 21 de Agosto de 1964. Dispõe sobre o sistema financeiro para aquisição da casa própria.
- BRASIL. Lei n.º 4591 de 16 de Dezembro de 1964. Dispõe sobre incorporações imobiliárias.
- BRASIL. Lei n.º 6383 de 07 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União.
- BRASIL. Lei n.º 6766 de 19 de Dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

- BRASIL. Lei n.º 8629 de 25 de Fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária.
- BRASIL. Lei n.º 9985 de 18 de Julho de 2000. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.
- BRASIL. Senado Federal. Estatuto da Cidade. Projeto de Lei n.º 181 de 1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 27882-GO. 4.ª Turma. 27 Jun. 1994.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 1998.04.01.023503-9/RS e n.º 1998.04.01.023504-0/RS. 3.ª Turma. 18 Nov. 1999.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 97.04.02355-3/PR e n.º 97.04.02356-1/PR. 3.ª Turma. 18 Mar. 1999.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n.º 93.04.11901-4/PR. 18 Nov. 1993.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOSA, Romano. *Storia Delle Forme di Proprietà in URSS*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pág. 1008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- _____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. Studi Di Diritto Processuale. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939, vol. Terzo.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Legitimidade e Efetividade da Ordem Constitucional em um Estado Democrático de Direito*.
- _____. *Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Conselho Editorial e de Pesquisa do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 3, pág. 473-486.
- CASTRO, Cláudio de Moura. A Prática da Pesquisa. São Paulo, Makron Books do Brasil Editora Ltda, 1977.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Posse: Nova Garantia Imobiliária*. In Revista de Direito Imobiliário n.º 46, ano 22, Janeiro-Junho de 1999, pág. 55-65.
- CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 6ª ed., Rio de Janeiro, Editora Rio Ltda., 1977.
- CHICO DE GOIS *et alii*. *Metade de SP Mora em Habitação Irregular*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 04 de Junho de 2000, pág. C-1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá, Editorial Temis S/A, 1986.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Direitos Humanos e Função Social da Propriedade: O Papel do Judiciário, in A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 292-302.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória). In Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – Uma Vida Dedicada ao Direito. Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995, pág. 34-53.

_____. Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito. São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.

_____. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2.º ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela Nell'Ottica della Domanda Giudiziale. In Rivista di Diritto Processuale. Cedam, Abril-Junho, 1993, n.º 02, pág. 465.

COCO, Giovanni Silvio. Crise ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, n.º 10, ano 5, Julho/Dezembro de 1997, pág. 43-51.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

CORREAS, Oscar. Crítica da Ideologia Jurídica – Ensaio Sócio-Semiológico. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei de Desapropriação. 2ª ed., Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, 1991.

CURITIBA. Lei n.º 2828 de 31 de Julho de 1966. Institui o Plano Diretor de Curitiba.

CURITIBA. Lei n.º 4199 de 08 de Maio de 1972. Dispõe sobre zoneamento do solo.

CURITIBA. Lei n.º 5234 de 10 de Dezembro de 1975. Dispõe sobre zoneamento do solo.

CURITIBA. Lei n.º 7671 de 10 de Junho de 1991. Dispõe sobre a Reorganização Administrativa do Poder Executivo do Município de Curitiba.

CURITIBA. Lei n.º 7841 de 19 de Dezembro de 1991. Institui incentivos para a implantação de programas habitacionais de interesse social.

CURITIBA. Lei n.º 9460 de 31 de Dezembro de 1993. Dispõe sobre a regularização de parcelamentos do solo para fins urbanos, implantados irregularmente no Município de Curitiba até 31 de Dezembro de 1993.

CURITIBA. Lei n.º 9801 de 03 de Janeiro de 2000. Dispõe sobre os Instrumentos de Política Urbana no Município de Curitiba.

DEBORD, Guy. A sociedade do Espetáculo – Comentários sobre a Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro, Contraponto Editora Ltda., 1997.

DESCARTES, Rene. Discurso sobre o Método. 8.ª ed., São Paulo, Atena Editora.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

- _____. Tutela Jurisdicional. In Revista Forense, vol. 334, ano 92, Abril, Maio e junho de 1996, pág. 19.
- DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Constituição e Hermenêutica Constitucional, Belo Horizonte, Mandamentos Livraria e Editora, 1998.
- DOMÈNECH, Antoni. Desigualdad, Responsabilidad, Ciudadania y Polarización. In Perspectivas Teóricas Y Comparadas de la Igualdad – II Simposio sobre Igualdad y Distribución de la Renta y la Riqueza, n.º 04, pág. 15-28.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M. Derecho Civil. 39ª ed., Tradução Espanhola, Tomo I.
- ESSER, Josef. Precompresione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto – Fondamenti di Razionalità nella Prassi Deciosionale del Giudice. Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 4.ª ed., Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, vol. VIII, Tomo III, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. Da Propriedade como Conceito Jurídico. In Revistas dos Tribunais, n. 621, pág. 16
- _____. O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória. In Folha de S. Paulo, 27/01/96.
- _____. Teoria Crítica do Direito. Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2000.
- _____. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. In Revista de Estudos Jurídicos, Curitiba, vol. 2, n.º 1, 1995.
- _____. Das Províncias do Direito Privado à Causa Justificativa da Propriedade. In Direito Agrário Brasileiro – Em Homenagens à Memória de Fernando Pereira Sodero. São Paulo, LTR Editora Ltda., 1999, pág. 121.
- _____. A Justiça dos Conflitos no Brasil, in A Questão Agrária e a Justiça., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 277-291.
- _____. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2001.
- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro. 10ª ed. e 11ª ed., São Paulo. Editora Globo S/A, vol. 1 e 2, 1995 e 1996.
- FARIA, José Eduardo. Direito e Economia na Democratização Brasileira. São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1993.
- _____. O Direito na Economia Globalizada., 1.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2000.
- FERNANDES, Edésio. Direito Urbanístico. Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1998.
- _____. A Regularização de Favelas no Brasil: Problemas e Perspectivas. In Direito à Cidade – Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis, org. Nelson Saule Júnior, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, pag. 127-156.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1976.
- _____. Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. 1ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 1990.

- _____ *et alii*. Constituição de 1988 Legitimidade Vigência e Eficácia Supremacia. São Paulo, Editora Atlas S/A, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1985.
- FIGUEIRA, Eliseu. Renovação do Sistema de Direito Privado. Lisboa, Editorial Caminho AS, 1989.
- FIORI, José Luiz. Estados, Moedas e Desenvolvimento. In Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações. Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1999.
- FONTES, André F. C. Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade. In Problemas de Direito Civil – Constitucional, coordenação de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2000. Pág. 435-456.
- FOUCAULT, Michel. As Palavras e as Coisas (Uma Arqueologia das Ciências Humanas). (Anotações) _____ . Microfísica do Poder. 5ª ed., Edições Graal Ltda., 1985.
- FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- FULGÊNCIO, Tito. Da Posse e das Ações Possessórias. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. 1 e 2, 1978.
- FURTADO, Celso. Folha de S. Paulo, São Paulo, 13 de Junho de 1999, pág. 2-6.
- _____ . O Longo Amanhecer – Reflexões sobre a Formação do Brasil. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S/A, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis-RJ, Editora Vozes Ltda., 1997.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, Dissociação e Patrimonialização Jurídica do Corpo Humano. In Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo, org. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 2000, pág. 57-85.
- GIANNOTTI, José Arthur. Certa Herança Marxista. São Paulo, Cia. das Letras, 2000.
- GIL, Antonio Hernandez. Metodología del Derecho. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945.
- _____ . Función Social de la Posesión – Ensayo de Teorización Sociológico-Jurídica. Madrid, Alianza Editorial S/A, 1969.
- GODINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In Problemas de Direito Civil – Constitucional, coordenação de Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 2000, pág. 397.
- GOTTDIENER, Mark. A Produção Social do Espaço Urbano. São Paulo, Edusp, 1997.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- _____ . Direitos Reais. 14ª ed., Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 1999.
- _____ . A Função Social da Propriedade. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1989.
- GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de. Construção Jurídica da Propriedade. Lisboa, Papelaria e Tipografia Paulo Guedes, 1919.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1991.

- _____. Direito Urbano, Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1983.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro Séculos de Latifúndio. 6.^a ed., Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra Ltda, 1989.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito., Lisboa, Guimarães Editores, Lda., 1986.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 5.^a e 6.^a ed., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., Parte I e II, 1997.
- HELLER, Agnes. Além da Justiça. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBBSAWM, Eric J. Sobre História. São Paulo, Cia das Letras, 1998.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Censo Agropecuário Brasileiro, 1995/1996.
- INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Estatísticas Cadastrais, 1998.
- IHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da Posse. *In* Posse de Direitos Pessoais, São Paulo, Editora Saraiva, 1986.
- IZIDORO, Alencar. Área irregular tem explosão populacional. Folha de S. Paulo. São Paulo, 24 de Setembro de 2000, pág. C-3.
- JAMESON, Fredric. O Marxismo Tardio – Adorno ou a Persistência da Dialética. São Paulo. Fundação Editora da UNESO/Editora Boitempo. 1997.
- _____. O Tijolo e o Balão: Arquitetura, Idealismo e Especulação Imobiliária, *in* A Cultura do Dinheiro – Ensaio sobre a Globalização., Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 2001, pág. 173-206.
- KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. Frankfurt, Suhrkamp, 1991.
- _____. Critique de la Raison Pratique. Paris, Presses Universitaires de France, 1949.
- _____. Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos a Toda Metafísica Futura. Buenos Aires, Librería El Ateneo Editorial, 1950.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1991.
- KOWARICK, Lúcio. Escritos Urbanos. São Paulo, Editora 34 Ltda., 2000.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt., São Paulo, Cia. das Letras, 1988.
- LAMEGO, José. Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma “recepção”. Lisboa, Editorial Fragmentos Lda. 1990.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- LAURO, Antonino Procida Mirabelli di. La Proprietà come Rapporto. A Proposito Dell’Interpretazione Unitaria e Sistemática Dell’ Art. 844cc. *In* Rassegna di Diritto Civile. n.º 2, 1998, pág. 347.
- LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A Monografia Jurídica. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985.
- LEFEBVRE, Henri. A Revolução Urbana., Belo Horizonte, Editora da UFMG, 1999.

- _____. A Cidade do Capital., São Paulo, DP& A Editora, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil I. 1ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1984.
- LOPARIC, Zeljko. Ética e Finitude. São Paulo, Educ – Editora da PUC-SP, 1995.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História – Lições Introdutórias. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000.
- LUDWIG, Celso Luiz. Formas de Razão – Racionalidade Jurídica e Fundamentação do Direito. Curitiba, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 1997.
- LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. In Revista Seqüência n. 28, Junho de 1994, pág. 15-29.
- MAFFESOLI, Michel. A Contemplação do Mundo. Porto Alegre. Artes e Ofícios Editora Ltda., 1995.
- MALACHINI, Edson Ribas. A Eficácia Preponderante das Ações Possessórias. In Revista de Processo n.º 71, pág. 14-19.
- MAMAN, Jeanette Antonios. Fenomenologia Existencial do Direito – Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo, Edipro – Edições Profissionais Ltda., 2000.
- MARGARIDO, Antonio Benedito. Sobre a Aplicabilidade do Princípio da Função Social da Propriedade: Abordagem Jurídico-Sociológica. Tese de Doutorado, USP, 1991.
- MARICATO, Ermínia. As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias. In A Cidade do Pensamento Único – Desmanchando Consensos, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 2000, pág. 121-191.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 1995.
- _____. Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1999.
- _____. A Técnica da Cognição e a Construção de Procedimentos Adequados à Tutela dos Direitos. In Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – Uma Vida Dedicada ao Direito. Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995, pág. 619-633.
- _____. Tutela Inibitória – Individual e Coletiva. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1998.
- _____. Novas Linhas do Processo Civil. 3.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1999.
- MARTINI, Rosa Maria F. Uma Arqueologia do Conceito de “Mundo da Vida” na Teoria da Ação Comunicativa. In Finitude e Transcendência – Festschrift em Homenagem a Ernildo J. Stein, org. Luis A. de Boni, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1996, pág. 682-712.
- MARX, Karl. O Capital – Crítica da Economia Política, São Paulo, Abril S/A Cultural, vol. I, Tomo 1 e vol. III, Tomo 2, 1983.
- MATTOS NETO, Antonio José de. A Posse Agrária e suas Implicações Jurídicas no Brasil. Belém-Pa, CEJUP, 1988.

- _____. Institutos Básicos do Direito Agrário à Luz da Constituição de 1988. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial n.º 55, ano 15, Janeiro-Março de 1991, pág. 134-141.
- _____. Função Social da Propriedade Agrária: Uma Revisão Crítica. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial n.º 76, ano 20, Abril-Junho de 1996, pág. 72-78.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 17ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.
- MAZZÚ, Carlo. Proprietà e Società Pluralista. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 5.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1994.
- _____. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. In Revista de Direito Público. n.º 84, pág. 39-45
- MEZAN, Renato. Escrever a Clínica. São Paulo. Casa do Psicólogo Livraria e Editora Ltda., 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1955, Tomos V, X, XI, XII.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, Tomo I, 1995.
- _____. Tratado das Ações. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Tomo I, 1970.
- _____. Tratado das Ações. 1.ª ed., Campinas, Bookseller Editora e Distribuidora, Tomo 2, 1998.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora Ltda, Tomo II, 1983.
- MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. 3.ª ed., Coimbra, Editor Centelha, 1978.
- MOZOS, Jose Luis de los. Tutela Interdictal de la Posesión. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.
- _____. El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- MULLER, Friedrich. Método de Trabalho do Direito Constitucional. 2.ª ed., São Paulo, Editora Max Limonad, 2000.
- NAHASS, Daniela. Governo Cancela Cadastro de Latifúndios. Folha de S. Paulo. São Paulo, 18 de Julho de 2000, pág. A-11.
- _____. Concentração e Ociosidade de Terras Crescem de 92 a 98. Folha de S. Paulo. São Paulo, 06 de Setembro de 2000, pág. A-6.
- NATOLI, Ugo. La Proprietà – Appunti Delle Lezioni I. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.
- NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e Direito – Um Estudo sobre Pachukanis. São Paulo, Boitempo Editorial, 2000.

NOBRE, Marcos. A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno - A Ontologia do Estado Falso. São Paulo, Fapesp-Iluminuras, 1998.

NEVES, Antonio Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade”, o “Juiz” ou Entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXIV, 1998, pág. 16.

_____. O Papel do Jurista no Nosso Tempo. *In Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e Outros*. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1.º vol., 1995, pág. 46.

_____. Justiça e Direito. *In Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico da sua Metodologia e Outros*. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1.º vol., 1995, pág. 284.

OLIVEIRA, Dennison de. Curitiba e o Mito da Cidade Modelo. Curitiba, Editora da Universidade Federal do Paraná, 2000.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Limitações Administrativas à Propriedade Privada Imobiliária. Rio de Janeiro, Cia Editora Forense, 1982.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A Função dos Conceitos de Ação e de Jurisdição na Aplicação do Direito. Curitiba, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, 1998.

_____. Contratos de Aquisição da Moradia – Função Econômica e Repercussão no Espaço Urbano., monografia não publicada.

_____. Direito Constitucional de Posse e Propriedade na Realidade Social, Econômica e Jurídica Brasileira. monografia não publicada.

OLIVEIRA, Roberto. País planta menos e importa mais. Folha de S. Paulo, São Paulo, 06 de Março de 2000, 3.º caderno, pág. 1

ORESTANO, Riccardo. Azione. *In Enciclopedia Del Diritto*. Guiffré Editore, vol. IV, pág. 782-822.

OSÓRIO, Leticia Marques. Concessão do Direito Real de Uso – O Avanço da Legislação de Porto Alegre. *In Direito à Cidade – Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*, org. Nelson Saule Júnior, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, pág. 191-201.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. Agravo n.º 121314-1. 3.ª Câmara Cível. 18 Ago. 1998.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. Agravo n.º 149.162-5. 5.ª Câmara Cível. 29 Dez. 1999.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n.º 142.937-4. 6.ª Câmara Cível. 13 Mar. 2000.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n.º 99500-8. Acórdão n.º 8425. 3.ª Câmara Cível. 29 Abr. 1997.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n.º 0122705-6. Acórdão n.º 9953. 4.ª Câmara Cível. 26 Ago. 1998.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo n.º 73790-2. 4.ª Câmara Cível. 11 Ago. 1999.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 64742700. Acórdão n.º 17636. 2.ª Câmara Cível. 24 Mai. 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 72771300. Acórdão n.º 15514. 4.ª Câmara Cível. 24 Jun. 1999.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 72689000. Acórdão n.º 17224, 3.ª Câmara Cível. 11 Abr. 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 465734. 2.ª Câmara Cível. 06 Mai. 1998.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 76630300. Acórdão n.º 16518. 4.ª Câmara Cível. 15 Dez. 1999.

- PARSONS, Talcott. Durkheim e a Teoria da Integração dos Sistemas Sociais. In COHN, Gabriel. Sociologia: Para Ler os Clássicos. Rio de Janeiro. Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 7ª e 8.ª ed., Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, vol. IV, 1987.
- PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A Teoria da Função Social da Propriedade Rural e seus Reflexos na Acepção Clássica de Propriedade, in A Questão Agrária e a Justiça, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2000, pág. 88-129.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1997.
- _____. Crisi dello Stato Sociale e Contenuto Minimo della Proprietà. Università degli Studi di Camerino, 1982.
- PINTO, Manuel da Costa. Albert Camus – Um Elogio do Ensaio. São Paulo, Ateliê Editorial, 1998.
- PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra, Livraria Almedina.
- PUGLIATTI, Salvatore. La Proprietà nel Nuovo Diritto. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1954.
- RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função Social da Propriedade. In Temas de Direito Urbanístico- 2, pág. 213-257.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras, in Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo, org. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda, 2000, pág. 3-29.
- RANGEL, Ignácio. Questão Agrária, Industrialização e Crise Urbana no Brasil. Porto Alegre, Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.
- RAPISARDA, Cristina. Premesse Allo Studio Della Tutela Civile Preventiva. In Rivista di Diritto Processuale. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Janeiro-Março de 1980, n.º 1, pág. 92
- RENNER, Karl. Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Sociale. Bologna, Società Editrice il Mulino, 1981.
- RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Dos Cortiços aos Condomínios Fechados. As Formas de Produção da Moradia na Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1997.
- RYFF, Luiz Antônio. Brasil ganha 717 favelas em nove anos. Folha de S. Paulo. São Paulo, 07 de Janeiro de 2001, pág. C-1.
- RODRIGUES, Manuel. A Posse – Estudo de Direito Civil Português, 3.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1980.
- RORTY, Richard. A Filosofia e o Espelho da Natureza. Rio de Janeiro, Dumará Dist. de Publicações Ltda., 1994.
- ROSS, Alf. Hacia Una Ciencia Realista del Derecho - Critica Del Dualismo en el Derecho. Buenos Aires, Editorial Abeledo - Perrot, 1961.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du Contrat Social. Genebra, Constant Bourquin, Éditeur, 1947.
- RUDIO, Franz Victor. Introdução ao Projeto de Pesquisa Científica. 18ª ed., Petrópolis-RJ, Editora Vozes Ltda., 1995.

- SACHS, Céline. São Paulo – Políticas Públicas e Habitação Popular. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- SALDANHA, Nelson. Ordem e Hermenêutica. Rio de Janeiro, Editora Renovar Ltda., 1992.
- _____. Teoria do Direito e Crítica Histórica. Rio de Janeiro, Freitas Bastos S/A., 1987.
- SANTOS, Milton. A Natureza do Espaço – Técnica e Tempo, Razão e Emoção., 3.^a ed., São Paulo, Editora Hucitec Ltda, 1999.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos Santos. Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática. Rio de Janeiro, Editora Rocco Ltda., 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 1998.
- SAVIGNY, F. C. Traité de la Possession en Droit Romain. Bruxelas, Bruylant-Christophe Et Cie Éditeurs, 1893.
- SCHWARZ, Roberto. O neto corrige o avô. Folha de S. Paulo. São Paulo, 04 de Março de 2001, Mais!, pág. 6-14.
- SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-América - EJE, 1954.
- _____. Diritto Romano – La Proprietà, Roma, Associazione Universitaria Romana, 1908/1909.
- SICHES, Luis Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SINGER, Paul. Economia Política da Urbanização. 14.^a ed., São Paulo, Editora Contexto, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996.
- _____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1982.
- SILVA, Kelly Susane Afllen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 2.^a ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, vol. I.
- _____. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Ação de Imissão de Posse. 2.^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. In Revista de Processo., n.º 90, Abril e Junho de 1998, pág. 159.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da *et alii*. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997.
- SODERO, Fernando Pereira. Esboço Histórico da Formação do Direito Agrário no Brasil. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, RT, ano 1, n. 1, Julho-Setembro de 1977, pág. 153-176.
- _____. Direito Agrário e Reforma Agrária. São Paulo, Livraria Legislação Brasileira Ltda., 1968.

- _____. Curso de Direito Agrário –2 Brasília-DF, Fundação Petrônio Portella, 1982.
- SOLMI, Arrigo. Studi Storici Sulla Proprietà Fondiaria nel Medio Evo. Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1937.
- STEIN, Ernildo. Aproximações sobre Hermenêutica. Porto Alegre, Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica em Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.
- _____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.
- _____. Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional. In Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, IEP, 1991.
- TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoietico. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional e Editora da Universidade de Brasília, 1979.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Normas para Apresentação de Documentos Científicos n.º 2. Editora da UFPr, Curitiba, 2000.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Normas para Apresentação de Documentos Científicos n.º 6. Editora da UFPr, Curitiba, 2000.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Normas para Apresentação de Documentos Científicos n.º 7. Editora da UFPr, Curitiba, 2000.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Normas para Apresentação de Documentos Científicos n.º 8. Editora da UFPr, Curitiba, 2000.
- VITA, Anna de. La Proprietà Nell’Esperienza Giuridica Contemporanea – Analisi Comparativa del Diritto Francese. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- WEBER, Max. Economia y Sociedad, Mexico, Fondo de Cultura Econômica, vol. IV, 1944.
- WEIGAND, Vera Maria. Concessão de Direito Real de Uso e as Novas Disposições de Registro Imobiliário. In Direito à Cidade – Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis., org. Nelson Saule Junior, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999, pag. 173-190.
- WINDSCHEID, Bernhard, *et alii*. Polemica Intorno All’”Actio”. Firenze, Sansoni.
- ZACCARIA, Giuseppe. L’Arte Dell’Interpretazione – Saggi Sull’Ermeneutica Giuridica Contemporanea. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.