

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Francisco Cardozo Oliveira; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-340-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O livro que está sendo publicado resulta de coletânea dos trabalhos aprovados e apresentados em 25 de junho de 2021, no Grupo de Trabalho DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, do III Evento Virtual do Conpedi, coordenado pelos Profs. Drs. Caio Augusto Souza Lara (DOM HELDER CÂMARA), Francisco Cardozo Oliveira (UNICURITIBA) e José Quirino Tavares Neto (UFG). Os textos integrantes do livro compreendem quatro eixos; o primeiro deles voltado para questões relacionadas a contratualidade, manifestação da vontade de tutela dos direitos de personalidade; o segundo, reúne textos que tratam de questões relacionadas a responsabilidade civil e fundamentos do direito privado; o terceiro, agrupa textos que tratam de direitos reais e proteção de vulneráveis; e, finalmente, o quarto eixo está voltado para o direito de família e da criança e do adolescente.

No primeiro eixo, merece destaque o caráter inovador da pesquisa relacionada a prestação de serviços de lutadores de MMA, em termos de proteção de lutadores em face da organização de eventos. É necessário destacar também que, neste eixo, os textos enfrentam questões relacionadas a teorias da justiça, limites da economia capitalista e formas de representação. No segundo eixo, o destaque fica com a questão relativa a inteligência artificial e seus reflexos no direito. Também se revela importante a reflexão em torno dos fundamentos do direito privado que devem dar conta dos paradoxos da atualidade, no sentido de tutelar interesse de pessoas que titularizam direitos e de pessoas que não tem acesso a direitos. As análises elaboradas conduzem a refletir sobre a funcionalização do direito civil na relação entre justiça corretiva e justiça social.

No terceiro eixo, emerge a questão da proteção da gestante em situação de rua, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana. Também ganha destaque a importância do registro público que, para além da titularidade proprietária, pode ampliar efeitos incorporando também o registro de direitos de proteção dos animais.

No quarto e último eixo o destaque fica por conta dos desdobramentos das várias formas de família, especificamente as questões relacionadas ao poliamor.

A leitura dos textos se justifica dado o potencial que o livro contempla de inúmeras possibilidades de ampliação de horizontes para pesquisadores, estudantes do direito e para todas e todas comprometidos (as) com o saber jurídico capaz de assegurar vida digna no mundo.

**A RELAÇÃO ENTRE DIREITO DE RESISTÊNCIA E AUTODEFESA DA POSSE
NO CONTEXTO DE EXIGÊNCIAS DE TUTELA DO DIREITO DE PROPRIEDADE
NA REALIDADE BRASILEIRA**

**THE RELATIONSHIP BETWEEN RESISTANCE RIGHT AND SELF-DEFENSE OF
POSSESSION IN THE CONTEXT OF PROTECTING RIGHT PROPERTY
REQUIREMENTS IN BRAZILIAN REALITY**

Francisco Cardozo Oliveira ¹
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni ²

Resumo

O artigo trata do esvaziamento do conteúdo da autodefesa da posse, do ponto de vista teórico e jurisprudencial, no confronto com o direito de propriedade, levando em conta o conflito em torno da apropriação da terra no Brasil. A mensuração do alcance da autodefesa da posse é elaborado na relação com o direito de resistência e seus efeitos na tutela da posse e do direito de propriedade desde a modernidade até a atualidade. A análise se desdobra em torno da tensão decorrente do entrecruzamento teórico entre posse e propriedade e seus efeitos materiais em termos de normatividade e de aplicação.

Palavras-chave: Posse, Propriedade, Tutela, Autodefesa, Direito de resistência

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the emptying of the content of self-defense of possession, from a theoretical and jurisprudential point of view, in the confrontation with the right to property, taking into account the conflict around the appropriation of land in Brazil. The measurement of the scope of self-defense of possession is elaborated in relation to the right of resistance and its effects on the protection of possession and the right to property from modernity to the present. The analysis unfolds around the tension resulting from the theoretical intersection between possession and property and its material effects in terms of normativity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Possession, Property, Protection, Right of resistance

¹ Doutor em Direito pela UFPR, Professor no PPGD do UNICURITIBA, Juiz de Direito no Paraná.

² Doutor em Direito pela UFPR, professor no PPGD do Unicuritiba, Procurador de Justiça no Paraná.

1. Introdução

A autodefesa da posse (art. 1210, § único do Código Civil) se insere no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com a legítima defesa (art. 25 do Código Penal), como formas de tutela que, em caso de violência, podem ser exercidas de modo pessoal pelo titular da posse ou pelo agredido.

Observados os pressupostos do instituto, é necessário verificar até que ponto, em termos históricos, a autodefesa da posse se revela útil para o efeito de assegurar a manutenção da apropriação de coisas, necessárias a sobrevivência da pessoa, em especial no contexto de desigualdades e assimetrias da sociedade brasileira. Na situação em que predominam formas de apropriação proprietária, em meio a evolução da socialidade construída sob o domínio de pressupostos individualistas, a autodefesa da posse pode estar a serviço da garantia da propriedade e dos interesses proprietários, em detrimento da apropriação primária característica da posse. Assim, investigar a autodefesa da posse, na perspectiva do direito de resistência, permite revelar a tensão em torno do alcance da tutela jurídica, em face das desigualdades de acesso a bens e à terra, de modo a propiciar o resgate do verdadeiro sentido da proteção da posse.

Em face dessa situação, coloca-se como problema de análise o seguinte: qual o alcance da autotutela da posse, na perspectiva do direito de resistência e no contexto de predomínio do direito de propriedade e de desigualdades da sociedade brasileira?

Para enfrentar o problema, a análise se desdobra em três momentos; no primeiro deles, elabora-se uma reconstrução histórica e normativa do entrecruzamento entre autodefesa da posse e o direito de resistência no direito moderno; na sequência, examina-se a cultura da posse e os conflitos na apropriação da terra na socialidade brasileira; no final, a análise se volta para a questão da autodefesa da posse na realidade brasileira e o paradoxo que se configura quando assume relevância a garantia da propriedade, e dos interesses proprietários, e não da posse propriamente dita.

Utiliza-se uma metodologia dialética, com apoio em referências bibliográficas e documentais.

2. Reconstrução histórica e normativa da relação entre direito de resistência e autodefesa da posse no direito moderno

A premissa de reconstrução histórica e normativa, para os objetivos da análise, procura identificar no direito moderno o momento em que, na história, pode ser identificado o entrecruzamento entre direito de resistência e autodefesa da posse ou, o que talvez seja mais significativo, o momento em que esse entrecruzamento se tornou possível e teve que ser negado, e o que dessa negação produz efeitos na atualidade, em especial na questão da tutela da posse no direito brasileiro.

O direito de resistência emerge no direito moderno, em alguns pensadores, ligado a desobediência civil e, desse modo, com conotação liberal.

Na perspectiva filosófica, o direito de resistência encontra fundamentos no pensamento de Tomás de Aquino, Maquiavel, Thomas Hobbes, Jean J. Rousseau e, mais especificamente, na conexão com o direito de propriedade, em John Locke. Nesse sentido, convém seguir a perspectiva que conduz o direito de resistência, desde uma ação contra o poder e os poderosos, que coloca em causa o questionamento do exercício injusto do poder pelo soberano, até o momento em que passa a dar suporte ao poder do proprietário, na defesa da violência contra o direito de propriedade. Essa transformação no sentido do direito de resistência se revela no contexto de afirmação da doutrina protestante, em que, conforme alude Gerson Leite de Moraes, Ítalo Calvino sustenta que, na medida em que se configura afronta à religião, e o contrato social é quebrado, está justificado o direito de resistência para a proteção da propriedade dos nobres da violência das massas ensandecidas (2015, p. 53-71).

Adriana Reis de Albuquerque e Gustavo César Machado Cabral chamam a atenção para o modo como Martin Lutero sustenta a possibilidade de resistência ao estabelecer a distinção entre a autoridade de Deus, que governa a todos, e a autoridade secular, a quem compete organizar as leis de convívio comunitário; essa divisão fornece os elementos definidores da concepção de Estado, ao mesmo tempo em que assinala o caráter de direito natural da resistência. Na medida em que a autoridade secular estiver disposta a legislar sobre a fé e a consciência cristã e, conseqüentemente, invadir aquilo que definiria a competência divina, está autorizado ao cristão negar-lhe obediência. Define-se, assim, o caráter passivo da resistência, mediante objeção de consciência.

Ítalo Calvino se encarregará de formular os postulados da resistência ativa, a ser exercida por magistrados do povo, sempre que a autoridade secular deixar de observar o dever

de agir para assegurar o bem-estar da comunidade evidenciando-se, nessa premissa, as bases de uma ideia de contrato social que teria sido violado (2020, pag. 17-45).

A secularização do poder de resistência emerge articulada em torno do esboço da ideia de Estado e de sociedade organizada, que precisa ser governada.

A necessidade de governo, segundo Thomas Hobbes, se justifica em razão da tendência generalizada de todos, no estado da natureza, exercitar o direito de defesa de si. É o direito natural de defesa que impele a pessoa ao exercício da violência, com o propósito de autodefesa e esse impulso, de acordo com Hobbes, somente pode ser contido na medida em que todos estiverem dispostos a abrir mão das possibilidades de utilizar o que for necessário para preservar a própria existência, e aceitar a restrição da liberdade em nome de uma autoridade central. Ocorre que, segundo Hobbes, está autorizada a desobediência ao soberano que deixa de agir para proteger a liberdade de todos (Leviatã, cap. XXI). John Locke reelabora a concepção de defesa da pessoa ao introduzir a premissa de que a violência se justifica para a defesa do que é próprio da pessoa, a propriedade do corpo e de tudo que seja necessário para assegurar a sobrevivência. Mas Locke assevera que o direito de resistência somente se justifica na situação de injustiça, por parte do tirano, que não encontra oportunidade de reparação pelo magistrado encarregado de aplicação da lei; é nesse contexto que ele trata do direito de resistência na defesa das leis, da vida e da propriedade (2002, p.140-141). Para Locke, portanto, o poder de resistência se articula como direito natural contra a injustiça praticada em prejuízo do que é próprio da pessoa, no caso a vida e a propriedade, já que constituiria função de quem governa preservar o direito de propriedade.

O direito de resistência se consolida no direito constitucional como ação justificada do cidadão em face da injustiça praticada pelo Estado. Na Constituição Portuguesa de 1976, por exemplo, o direito de resistência está disciplinado no artigo 21 que afirma que “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. Sobre essa regra, José Domingues afirma que nela se expressa o polimorfismo do direito de resistência, que não se restringe à legítima defesa, e que abrange formas de resistência popular e formas de resistência individual (2017, p. 195-221).

É interessante observar que, no mesmo texto, José Domingues faz referência a fragmento nas Ordenações Afonsinas de recurso à força e à violência para impedir o esbulho na posse, na esteira do que constava do Código de Justiniano, o que evidenciaria, segundo ele, indícios no direito português do direito de defesa do patrimônio da pessoa. Essa anotação feita

por José Domingues serve para evidenciar o modo como a autodefesa da posse se transforma na modernidade.

Com efeito, conforme assevera Pontes de Miranda, no direito romano, a posse esteve concebida no contexto de relação entre pessoa e coisa, diferentemente do direito moderno em que o direito das coisas tem como fundamento a relação jurídica entre pessoas. Pontes de Miranda esclarece que, na origem em Roma, os interditos possessórios visavam proteger as pessoas e suas necessidades objetivadas nas coisas; nem era apenas proteção da pessoa; nem também proteção da coisa; protegia-se a vida da pessoa inserida no mundo (1955, p. 49 e 410).

Ora, é exatamente no direito moderno, em que prevalece a ideia de domínio e o direito de propriedade se torna a forma hegemônica de apropriação de bens, que a defesa da posse não pode mais emergir como defesa da vida da pessoa no mundo. Tornou-se necessário separar pessoa e coisa, com seus reflexos na concepção de posse, mediante a diferenciação entre corpo e vontade, de modo que a defesa da posse possa objetivar a coisa, a exemplo do direito de propriedade, e simular o domínio da pessoa sobre os bens integrantes do seu patrimônio. Para essa diferenciação contribuiu, de um lado, uma racionalidade apoiada na abstração conceitual e, de outro, a visão do historicismo de Savigny. Conceber a defesa da posse como proteção da vida da pessoa conduziria diretamente ao exercício de um direito de resistência, no contexto de desigualdades que se configurava, confrontado com a injustiça, que não podia mais ser reduzida apenas a inobservância da lei pelo soberano, mas que teria que enfrentar o modo como organizada a própria sociedade.

É nesse contexto que Hegel se contrapõe ao historicismo de Savigny. Enquanto Hegel afirma que o direito de propriedade não se sustenta se, ao mesmo tempo, não houver a garantia de sobrevivência das pessoas, nesse sentido aproximando-se dos ideais de igualdade trazidos pela Revolução Francesa de 1789, Savigny faz a defesa da continuidade linear da história e, desse modo, se opõe à codificação na Alemanha, contrariamente ao que ocorria na França. O próprio Hegel fará a defesa de um direito de resistência que se justifica na pessoa do faminto, que estaria autorizado a violar o direito de propriedade para satisfação das necessidades. Essa posição de Hegel fica clara quando ele afirma, nos Princípios da Filosofia do Direito, que a violação do direito de propriedade deve ser castigada, mas essa possibilidade implica que esteja assegurada a satisfação das carências da pessoa (2003, p. 202); ou seja, no contexto em que não esteja assegurada a satisfação das carências da pessoa, o direito de propriedade perde legitimidade.

O resultado da reconstrução histórica e normativa revela o impasse na tutela jurídica da posse, surgido na modernidade, reduzida a proteção da apropriação da coisa, em detrimento da

proteção da vida e das necessidades do possuidor, enquanto o direito de resistência ganha força na salvaguarda dos interesses proprietários.

3. A regulação jurídica da posse e os conflitos na apropriação da terra no Brasil

Consolidou-se no Brasil uma cultura possessória, desde o Século XIX, animada pelo espírito proprietarista. O conflito em torno da apropriação da terra constitui elemento determinante na evolução da socialidade brasileira. A solução política e jurídica desse conflito, ao longo da história, passou por pactos seletivos, quase sempre em benefícios de interesses proprietários.

A regulação jurídica da posse no Brasil, seguindo a rota traçada pelo direito moderno, se estrutura por meio do entrecruzamento com o direito de propriedade. Convém, portanto, analisar a tensão desse entrecruzamento, especificamente no contexto da realidade social e jurídica brasileira, que avança até a atualidade. Para essa análise, opera-se um desdobramento em duas etapas, uma que trata da questão no plano conceitual e jurídico e outra, no plano social; o desdobramento, obviamente, não implica separação rígida na construção analítica, mas tratamento do mesmo problema de normatividade, desde dois ângulos.

No que diz respeito a questão social, pode-se fixar um marco temporal em torno da edição da Lei de Terras de 1850. Conforme anota José Reinaldo Lima Lopes, a Lei de Terras introduziu na ordem jurídica brasileira o sistema de apropriação de terras como mercadoria (2000, p. 358); a Lei de Terras conferiu fundamento jurídico ao direito de propriedade privada da terra. Em larga medida, tratou-se de regularizar grandes extensões de posses, decorrentes do vazio deixado pelo sistema de sesmarias. Referindo-se a Lei de Terras, Raimundo Faoro anota que a grande propriedade não foi hostilizada pela lei, embora estivesse presente nela um sentimento antilatifundiário, cujo poder contrastava com o Estado (1995, p. 410-411). Observado o contexto social e político em que editada a Lei de Terras, resulta evidenciado que se tratou de preservar a apropriação de extensas áreas, inclusive em benefício dos políticos ocupados de elaborar a lei, ao mesmo tempo em que se buscava impedir a ampliação do acesso à terra. Raimundo Faoro aponta a centralidade do conflito em torno da apropriação da terra, que se objetiva na edição da Lei de Terras, que passa pela legitimação da posse em favor de grandes proprietários, em detrimento de interesses possessórios não proprietaristas.

Um quadro sintético e realista desse conflito se destaca na análise de Márcio Antonio Both da Silva; diz ele que a edição da Lei de Terras carrega o paradoxo que atravessa a questão agrária no Brasil; segundo ele, a lei permitiu que pequenos e grandes posseiros disputassem a possibilidade de aquisição do direito de propriedade; contudo, o resultado foi desigual; aqueles que haviam se apropriado de extensas áreas de posse não encontraram dificuldades para o reconhecimento do direito de propriedade; para os outros, invariavelmente pequenos posseiros, multiplicaram-se formas de criminalização. O que Márcio Antonio B. da Silva ressalta, nesse contexto, é que a Lei de Terras instaurou uma lógica social e jurídica de titularidade proprietária que mobilizou também pequenos possuidores; contudo, na medida em que os pequenos possuidores buscam obter o direito de propriedade, de forma indireta, relegavam o modo tradicional de agricultura, o que acaba por beneficiar uma lógica de produção baseada na propriedade como direito absoluto (2015, p. 87-107).

A Lei de Terras reforçou uma mentalidade de desvalorização do uso inerente à posse em favor da titularidade proprietária e, desse modo, conferiu objetividade ao conflito que se mantém no tempo em torno da apropriação da terra no Brasil, que hierarquiza formas de ocupação, umas logo transformadas em títulos de propriedade, outras marginalizadas e combatidas. Essa dinâmica continua a atuar na atualidade na fronteira das terras da Amazônia, com os inerentes prejuízos para a preservação do meio ambiente e para a manutenção do espaço vital dos povos indígenas.

O conflito entre posse e propriedade se desdobra nas cidades brasileiras. A migração do campo para cidade, característica do desenvolvimento social e econômico da modernidade, no caso do Brasil, não resultou do avanço tecnológico e industrial; reproduziu-se na cidade a falta de oportunidade de trabalho e renda; o resultado emergiu na forma de ocupação possessória de grandes áreas urbanas nas cidades, sob pressão da expansão do mercado imobiliário, voltado para operações mercantis de compra e venda de terras. A disputa pelo solo urbano encarece o preço da terra, de modo que o mercado imobiliário não se revela capaz de atender as necessidades de moradia para pessoas de baixa renda. A titularização proprietária avança em áreas de ocupação expandindo a valorização do preço da terra e empurrando a fronteira de novas ocupações para áreas de preservação ambiental.

Na cidade, o conflito em torno do uso do solo assume uma especificidade mais dramática na medida em que coloca em risco a sobrevivência da pessoa, necessitada de moradia e de formas de obtenção de renda. A necessidade de moradia conduz à posse, na forma de ocupação de áreas, cujo reflexo é a valorização do preço da terra em benefício da titularidade proprietária.

No contexto de evolução da socialidade brasileira, tanto no campo como na cidade, permanece a tensão entre posse e propriedade, que revela maior intensidade nas cidades, em que a satisfação de necessidades básicas da pessoa, em termos de acesso a moradia, está diretamente confrontada com os interesses proprietários no mercado imobiliário.

No plano conceitual e jurídico, observa-se o reflexo do conflito entre apropriação possessória e proprietária na realidade social.

Na história da regulação jurídica da posse no Brasil se destacam a teoria subjetiva, de Friedrich K. von Savigny e a teoria objetiva de Rudolf von Ihering. Sérgio Said Staut Junior identifica no Brasil duas gerações de pensadores em torno da ideia de posse no direito. Na primeira delas, se alinham Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira, Antonio Joaquim Ribas, Trigo de Loureiro, José de Alencar e Joaquim Felício dos Santos, identificados com a teoria subjetiva de Savigny. O traço característico das ideias dessa primeira geração, no final do Século XIX, segundo Sérgio Said Staut Junior, é a dependência da posse em relação à propriedade, em que o possuidor exerce a posse com ânimo de proprietário (2015, p. 156-165).

De acordo com Sérgio Said Staut Júnior, no início do Século XX, ganha força a segunda geração, representada por Antonio Coelho Rodrigues, Clóvis Bevilacqua, Rui Barbosa, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, Martinho Garcez e Nogueira Itagyba, que adotam a teoria objetiva da posse, em detrimento da teoria subjetiva. O Código Civil de 1916 acabou assimilando traços característicos da teoria objetiva que sustentava que a posse é a exterioridade da propriedade. Mas o caráter marcante de contraste entre essas duas gerações de pensadores da concepção de posse no Brasil, assinalado por Sérgio Said Staut Junior, reside na constatação de que a teoria objetiva tardou a produzir efeitos no Brasil, enquanto se manteve a aceitação da teoria subjetiva, dado que a figura do *animus* melhor se adequava às relações de pertencimento, em face das dificuldades de assimilação dos fundamentos da Lei de Terras de 1850 (2015, p. 165-172).

Enquanto o Código Civil de 1916 adotava traços da teoria objetiva da posse, permanecia a invocação da teoria subjetiva, que facilitava a compreensão de formas de posse da terra. Mas, tanto na compreensão da teoria subjetiva, como da teoria objetiva, manteve-se consolidado o elemento de ligação com a propriedade. Ainda que não houvesse uma realidade social e econômica dominada por formas de apropriação proprietária, já havia uma mentalidade proprietarista, conforme mostra o temor de Joaquim Murtinho de que os riscos do socialismo pudessem levar o Estado a liquidar a propriedade privada (1897). A tutela da posse no Brasil, portanto, espelhava os pressupostos da modernidade, voltada para assegurar a apropriação da

coisa, com o agravante de aqui ainda não se consolidara na realidade econômica e social o acesso proprietário à terra, tanto no campo como na cidade.

Ao longo do Século XX manteve-se no Brasil o pêndulo de compreensão da posse entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva. Estabeleceu um contraste que Laura Beck Varela qualifica de oscilação entre autonomia e abstração. Depois de inventariar a recepção no Brasil da teoria subjetiva de Savigny e da teoria objetiva de Jhering, Laura Beck Varela afirma que o Código Civil de 2002 não ficou alheio à oscilação entre abstração e autonomia que marca a tradição brasileira na compreensão da posse; de um lado a abstração, que subordina a posse à propriedade, e de outro a autonomia que resgata o caráter eminentemente fático da posse, que ela identifica como premissa de função social da posse. Essa oscilação, diz ela, pode resultar benéfica se compreendido o Código Civil como eixo central do direito privado, que consagra o modelo aberto apto a recepcionar um novo conceito de pessoa a ser protegida nas relações possessórias (2002, p. 789-842).

De fato, concebido o Código Civil em linha com os postulados do direito civil-constitucional, não resultaria difícil relacionar a importância que Savigny atribui à vontade do possuidor à proteção da pessoa. Mesmo uma premissa de compreensão do direito civil como núcleo da sistemática do direito privado, no sentido do defendido por Otávio Luiz Rodrigues Jr, (2019) também permitiria o resgate da teoria da posse de Savigny comprometida com a proteção da pessoa. Todavia, não se deve esquecer que a proposta original de Savigny objetivava resguardar a coisa, em contraste com a tradição do direito romano. Obviamente que o fluxo do tempo histórico permite compreensão renovada dos fundamentos teóricos, de modo que não resulta paradoxal pensar a teoria subjetiva da posse, desde uma interpretação sistemática, atrelada aos postulados de preservação da pessoa pela ordem jurídica. O que é necessário ter presente, fundamentalmente, é se, na atualidade, em que pese os postulados inscritos da Constituição de 1988 no Brasil, a tutela da posse está de fato comprometida com a defesa da pessoa.

Essa indagação é necessária, quando observado que, entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, a concepção de posse acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro praticamente ignorou o que se pensou sobre a posse no Século XX. Nem seria preciso indagar do debate recente em torno de uma função social da posse, no sentido proposto por Antonio Hernandez Gil (1969); bastaria lembrar que mesmo no final do Século XIX, o pensamento jurídico brasileiro não se deixou influenciar por uma concepção de posse conectada a ordenação do social e à dimensão fática do direito, no sentido, por exemplo, do sustentado por Raymond Saleilles, crítico do historicismo de Savigny (1894).

A permanência da oscilação entre abstração e autonomia na compreensão da posse no Brasil desdobra no plano jurídico o conflito que se observa na realidade social e econômica ao longo da história, que subordina a posse à propriedade como forma de conter o que Paulo Lôbo qualifica de caráter insurgente da posse (2014). A tentativa de reduzir as formas de apropriação da terra a modelos proprietaristas, mediante uma racionalidade idealista de abstração, corre o risco de frustrar o alcance da proteção jurídica, tanto da posse como da propriedade, dado que a posse continua a exprimir o que Hernandez Antonio Gil qualifica de necessidade insuprimível da trajetória da humanidade na sua relação com as coisas (1969).

A racionalidade idealista na tutela da posse, que se manifesta no plano jurídico, escamoteia o conflito latente na realidade social e econômica em torno da apropriação da terra no Brasil.

4. Autodefesa da posse na realidade brasileira atual e o direito de resistência reduzido a garantia do proprietário

O final do Século XX e o início do Século XXI assinalam um momento no Brasil de agudização do conflito pela apropriação da terra no campo e no espaço urbano. Surgem grupos de contestação do direito de propriedade, em defesa da valorização do uso e da ampliação do acesso à terra, na cidade e no campo. A dinâmica do conflito tem repercussão política, econômica e social. Contudo, interessa examinar os efeitos jurídicos desse conflito no quadro de entrecruzamento entre posse e direito de propriedade, em duas perspectivas, de contornos mais pragmáticos: o primeiro deles relacionado ao recorte de aplicação das teorias da posse na jurisprudência dos tribunais, e o segundo, conectado ao primeiro, de reflexos no conteúdo de resistência inerente a autodefesa da posse.

Em relação a questão da aplicação das teorias da posse na jurisprudência dos tribunais é necessário identificar o modo como a jurisprudência alcança o sentido das teorias da posse e, em seguida, observar os reflexos dessa compreensão na prática de solução dos conflitos que envolvam posse e direito de propriedade.

Ao mesmo tempo em que o Código Civil parece ter ignorado o debate em torno dos fundamentos das teorias da posse, e se manteve alinhado a oscilação entre abstração e autonomia, no sentido fixado por Laura Beck Varela, restrito ao alcance da teoria subjetiva da posse de Savigny e da teoria objetiva da posse de Jhering, a jurisprudência dos tribunais

brasileiros não chega a enfrentar a questão teórica, com a repercussão que essa atitude pode comportar na solução de conflitos em torno da apropriação da terra no Brasil.

A esse respeito é bastante elucidativo o estudo feito por Gilberto Fachetti Silvestre sobre a repercussão das teorias socioeconômicas da posse na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ele procura identificar na jurisprudência qual a teoria socioeconômica da posse adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, tomando como ponto de partida as concepções de posse de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles, Ludovico Barassi e Antonio Hernandez Gil, condensadas na ideia de função social da posse. Mediante método indutivo, partindo dos casos julgados e analisados, Gilberto Fachetti Silvestre sustenta que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não faz referência as teorias socioeconômicas da posse; utiliza-se da premissa de função social, que poderia ser aproximada a concepção de Silvio Perozzi, contudo a referência ocorre de forma genérica; também existem nos julgados expressões que podem conduzir a uma aproximação das concepções de posse de Antonio Hernandez Gil, no sentido de função social da posse; ele conclui afirmando que os resultados da pesquisa revelam que a função social da posse é invocada nos julgados sem precisão, embora possa reconhecer-se nas expressões constantes das decisões aproximações aos pressupostos das denominadas teorias sociológicas da posse (2020, p. 1017-1052).

Convém fazer um reparo aos resultados da pesquisa de Gilberto Fachetti Silvestre dado que, em alguns julgados por ele mencionados, surge a ideia de posse como poder fático. A ideia de posse como poder fático se insere no quadro histórico de recuperação do fático da posse que havia sido negligenciado, na esteira do confronto entre as teorias da posse de Savigny e Jhering. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que a posse é poder fático que ocorre no mundo dos fatos (1955, p. 49); mas a compreensão naturalística do fato da posse, embora concebido como relação entre pessoas, não permite escrutinar as determinantes econômicas do ato de apropriação. Admitir a posse como poder fático implica assegurar a autonomia da posse em relação ao direito de propriedade e tomá-la, conseqüentemente, pelo seu conteúdo material. A ideia de conteúdo material da posse, como afirmado por Francisco Cardozo Oliveira, está relacionado a valoração do uso do bem objeto da posse, no contexto da realidade social e histórica (2006, p. 253). Trata-se de compreender o fato da posse na dinâmica dos desdobramentos da vida em sociedade. Pensar a posse a partir das teorias de Savigny e Jhering pode não ser suficiente para a compreensão da materialidade que interliga a pessoa e o uso da coisa, no propósito de satisfação de necessidades vitais. Por outro lado, pensar a posse como poder fático, em toda a extensão, implica resgatar para o direito a processualidade da vida em

sociedade e suas exigências de tutela jurídica. Ou seja, a tutela da posse se revela paradigmática para uma compreensão renovada da normatividade em todo o âmbito do direito.

É inegável, todavia, que o estudo de Gilberto Fachetti Silvestre chama a atenção para a falta de adensamento teórico no modo como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trata da posse.

O que exige reflexão, a partir da análise feita por Gilberto Fachetti Silvestre, é a forma de assimilação pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da premissa de posse como poder fático, em termos de efetiva compreensão da autonomia da posse em relação ao direito de propriedade.

Em torno dessa reflexão, é necessário identificar os efeitos da falta de clareza conceitual nos resultados da jurisprudência, no confronto entre posse e propriedade e o que, a partir desse confronto, contém implicação para o direito de resistência presente na autodefesa da posse.

Essa questão pode ser investigada a partir do modo como se reflete na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o conflito decorrente de invasão de terras no Brasil, e que coloca a necessidade de interpretação de elementos normativos da Lei n.º 8.629/1993, por meio da compatibilização entre posse, propriedade produtiva e as ações possessórias.

A Lei n.º 8629/1993, nos art. 6.º e 9.º, delimita o alcance da função social da propriedade no campo. A função social está atrelada a premissa de propriedade produtiva, conforme o estabelecido no art. 185, II da Constituição da República. As finalidades de função social da propriedade na Constituição brasileira estão atreladas a um caráter produtivo que, em termos de economia capitalista, significa produtividade que torna rentável o capital. A função social da propriedade, portanto, pelo menos no contexto dos fundamentos da ordem econômica constitucional (art. 170 da Constituição), está voltada para viabilizar a produtividade que assegura lucro.

No contexto de aplicação da Lei n.º 8629/1993, o Superior Tribunal de Justiça tem compatibilizado posse, propriedade produtiva e ações possessórias, de modo a assegurar proteção ao direito de propriedade. Um exemplo dessa compatibilização pode ser apurado no despacho de 17 de setembro de 2020, representativo de vários outros com o mesmo teor, proferido no Recurso Especial nº 1848378 - SE (2019/0335172-8), em que Relatora a Ministra Regina Helena Costa. Convém citar um trecho da decisão para evidenciar o entendimento da Corte na matéria:

“...Nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, a, e 255, I, ambos do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. O tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou estarem presentes os requisitos para desautorizar a vistoria do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para fins de desapropriação, quais sejam, a produtividade econômica teria sido consumida pelos invasores e o ajuizamento da ação de reintegração de posse, nos seguintes termos (fls. 205/206e): O impetrante colacionou aos autos escritura pública, às fls. 19/22, a qual declara o impetrante como um dos proprietários do imóvel objeto do thema decidendum, o certificado de cadastro de imóvel rural, fl. 25, classificando a propriedade como sendo uma grande propriedade produtiva, recibo de entrega da declaração do Imposto - Sobre a Propriedade Territorial Rural, fl. 26/29, ofício nº492/2012/INGRA/SÈ/G/7, fl. 31, que comunica aos proprietários que o INCRA irá realizar levantamento preliminar de dados e informações, com vistas à classificação do imóvel mencionado, além disso, os extratos processuais indicativos da existência, de ações de reintegração/manutenção de posse ajuizadas perante o MM. Juízo Estadual da Comarca de Carira/SE, tendo em vista as invasões ocorridas em 08 de junho de 2011 e 10 de fevereiro de 2012. As decisões exaradas pelo MM Juízo de Direito, proferidas nos processos 201165000676 e 201265000204, foram no sentido de deferir a medida liminar pleiteada, a fim de determinar "a imediata reintegração de posse do imóvel esbulhado (Fazenda Campos novos)", fls 40/41 e 48/49, respectivamente, de onde resta comprovado o direito do impetrante. Sobre o tema viceja a jurisprudência do STF, segunda a qual o esbulho possessório que impede a desapropriação deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de afetar os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, comprometendo os índices fixados em lei (MS 23 759-7/GO, Pleno, Rel Min CELSO DE MELIO, ac un, DJ 22/08/2003, p 21, MS 23 857-7/GO, Pleno, Rel Min ELLEN GRACIE, ac un, DJ 13/06/2003, p 1kO, \MS 24136-5/DF, Pleno, Rel Min MAURICIO CORREA, ac un, DJ 08/11/2002, p 22. Como se vê, nada há que ser modificado na sentença proferida nos autos, porque o grande objetivo da norma inserta no artigo 2º, § 6º, da Lei 8.629/1993 é o de inibir e tentar evitar as constantes invasões de terras para viabilizar as desapropriações artificialmente:(...) No caso concreto, a produtividade econômica comprovada pela parte impetrante foi consumida pelos componentes do MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TERRA – MST que invadiram a gleba objeto desta demanda. Analisando as circunstâncias presentes no caso concreto, em que se observa o registro das invasões perpetradas no imóvel mencionado, resta evidente a possibilidade de descaracterização da produtividade do imóvel, sendo irrelevante o fato do INCRA tê-lo classificado como grande propriedade produtiva. In casu, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, a ausência do nexo de causalidade apto a obstar a vistoria para fins de desapropriação, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte, assim enunciada: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

A decisão evidencia que, na origem, foi proposta ação possessória para a tutela de área produtiva; embora se trate de imóvel objeto de direito de propriedade, optou-se pela defesa da posse do proprietário para enfatizar o uso, com fins produtivos. A decisão reforça a jurisprudência consolidada no STF de que o esbulho anterior à perícia para apurar os graus de produtividade da área impede a desapropriação, em respeito a premissa constitucional de propriedade produtiva.

Contudo, interessa chamar a atenção para o modo como as ações possessórias são articuladas para assegurar tutela ao direito de propriedade e a premissa de propriedade produtiva. Reduz-se o alcance da posse ao exame dos elementos de produtividade da propriedade; a posse que havia sido tutelada na ação possessória transmuda-se, de forma automática, em propriedade produtiva na ação de desapropriação, posteriormente proposta pelo INCRA; o esbulho não atinge uma posse autônoma, mas uma posse derivada do exercício do direito de propriedade, cujo direito é abstraído para fazer incidir a tutela possessória sobre os elementos configuradores da propriedade produtiva. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a posse como poder fático está reduzida a instrumento de retórica. O direito de propriedade pode ser tutelado de outro modo, pois o ordenamento jurídico dispõe de inúmeros meios de acionabilidade para a proteção da propriedade. A utilização das ações possessórias para a defesa da posse, oriunda do direito de propriedade, contribui para reduzir o alcance dos efeitos da função social da propriedade, ao mesmo tempo em que esvazia a autonomia da posse em relação à propriedade.

Com efeito, acaso contemplada a autonomia da posse em relação a propriedade, a mensuração dos elementos necessários à configuração de propriedade produtiva não poderia ocorrer apenas nos limites do disposto nos art. 6.º e 9.º da Lei n.º 8629/1993; teria que abranger, necessariamente, todo o contexto fático do exercício possessório, sem relação com o título de propriedade. E, nesse exame, revela-se crucial a adoção objetiva de uma concepção de posse que, logicamente, tomado o sentido do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não poderia estar situada no campo das teorias socioeconômicas, segundo o estudo de Gilberto Fachetti Silvestre, porque se chocaria frontalmente com a tutela da propriedade que acaba sendo o objetivo da demanda. Assim, resulta evidenciado que o conflito em torno da apropriação da terra no Brasil oblitera a possibilidade de adoção pela jurisprudência de uma concepção socioeconômica da posse, que não seja o reforço da produtividade asseguradora do lucro, e mantém viva a invocação das teorias da posse de Savigny e Jhering, com seu corolário de abstração e de aproximação do direito de propriedade.

A jurisprudência analisada mostra que se reproduz no Brasil uma prática de direito de resistência voltado para a proteção do direito de propriedade, que contribui para esvaziar a autotutela da posse do sentido de proteção da pessoa e de suas necessidades.

Na visão jusnaturalista de John Locke, segundo Elsa Dorlin, o direito de defesa está à disposição do portador de direitos, que tem o corpo como próprio, que é proprietário do seu corpo. A autodefesa, nesse sentido, diz ela, tem uma perspectiva jurídica, que atinge o direito de propriedade constituinte da subjetividade moderna (2020, p. 157). Em Locke, portanto, o direito de propriedade constitui a expressão da liberdade da pessoa.

Diferentemente da propriedade, a autodefesa da posse se insere na perspectiva de um direito de resistência mais amplo, também de conteúdo jusnaturalista, no contexto de salvaguarda das necessidades vitais da pessoa. Dai o sentido das tutelas liminares nas ações possessórias que atravessam a história do direito, voltadas para assegurar o fato da posse e, com ela a pessoa do possuidor.

Na realidade brasileira atual parece operar-se uma espécie de retorno jusnaturalista da autodefesa da propriedade, que esvazia o sentido humanístico da posse de ato de resistência e de apropriação de coisas, ligado a existencialidade da pessoa.

5. Considerações finais

Fixou-se como problema da análise o alcance da autotutela da posse, na perspectiva do direito de resistência e no contexto de predomínio do direito de propriedade e de desigualdades da sociedade brasileira.

A análise evidenciou que a modernidade teve que negar o escopo da autodefesa da posse de proteção da pessoa, em razão da redução do direito de resistência à proteção dos interesses proprietários.

Na realidade sociojurídica brasileira, a tutela da posse emerge subordinada à propriedade e, desse modo, frustra a potencialidade de satisfação das necessidades da pessoa, mediante a apropriação possessória da terra na cidade e no campo.

Em face dessa realidade social, no campo jurídico, a jurisprudência no Brasil se mantém atrelada a uma forma de jusnaturalismo individualista, que esvazia a autodefesa da posse de proteção da pessoa, que lhe é característica, e faz o direito de resistência operar em

favor dos interesses proprietários. Mantém-se, portanto, as desigualdades e o conflito em torno da apropriação da terra sem solução a vista.

Como se observa, no contexto sociojurídico brasileiro, mantém-se a negação que na modernidade exigiu a desvinculação da tutela da posse do caráter de proteção da pessoa e que, do ponto de vista linguístico, impede superar os parâmetros fixados pelas teorias da posse de Savigny e Jhering e, conseqüentemente, promove o estreitamento da eficácia das tutelas por meio das ações possessórias. Contudo, na própria negação permanece latente o caráter instável do presente e a possibilidade da mudança. É no limite dessa possibilidade que opera a jurisprudência da tutela da posse no Brasil.

Faz sentido, portanto, a afirmação de Mário Pedrosa de que o Brasil está condenado a ser moderno, ao transplante acrítico e, conseqüentemente, ao imobilismo. O que servia para a arte e a arquitetura, serve hoje para o direito, especialmente no que diz respeito a autodefesa da posse, com seu corolário de bloqueio da transformação social.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Adriana Reis de; CABRAL, Gustavo César Machado. A legitimação da autoridade secular e a teorização do “Direito de Resistência” na filosofia da Reforma Protestante. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro: vol. 11, n.º 1, 2020, pag. 17-45.

DOMINGUES, José. Polimorfismo constitucional do direito de resistência em Portugal. **Revista de História Constitucional** n.º 18, 2017, p. 195-221.

DORLIN, Elsa. **Autodefesa** - uma filosofia da violência. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder** – formação do patronato político brasileiro. 11.ª ed. São Paulo: Editora Globo S.A. vol. 2, 1995.

GIL, Antonio Hernandez. **Función social de la posesión** – ensayo de teorización sociológico-jurídica. Madrid: Alianza Editorial S A, 1969.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história** – lições introdutórias. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. X.

MORAES, Gerson Leite de. O direito de resistência e o tiranicídio no calvinismo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. São Paulo: 2015, n.º 27, p. 53-71.

MURTINHO, Joaquim. **Relatório do Exmo. Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1897.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo – estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2019.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur les éléments constitutifs de la possession**. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894.

SILVA, Márcio Antonio Both da. Lei de Terras de 1850: lições sobre os efeitos e os resultados de não se condenar “uma quinta parte da população agrícola”. **Revista Brasileira de História**. São Paulo: vol. 35, n.º 70, 2015, p. 87-107.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. **Revista de Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: vol 12. N.º 2, 2020, p. 1017-1052.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil- recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do Século XIX ao Código Civil de 1916**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

VARELA, Laura Beck. A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. In MARTNS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 789-842.

Video

LÔBO, Paulo. A posse no direito brasileiro. 2.º Congresso do IBDCivil. Curitiba. <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/183/174>. 04/09/2014.