

O CARÁTER IDEOLÓGICO DA POSSE

José Leandro Farias Benitez

Este artigo começa como usualmente começam todos os que versam sobre a posse: manifestando a extraordinária complexidade do tema. Entretanto se esta advertência, como sarcasticamente notava Savigny, muitas vezes visa a um elogio antecipado da própria obra, neste caso se trata da inequívoca auto-indulgência, pois discorrerei sobre um tema para mim em fase embrionária de desenvolvimento e a merecer maior aprofundamento, iluminando-o criticamente com luzes de bengala.

Não é difícil precisar a causa do emaranhado teórico do instituto: variações no conceito e soluções práticas circunstanciais dentro do próprio Direito Romano, combinação de fatores históricos e étnicos devidos às invasões bárbaras, influência do Direito Canônico, recepção do Direito Romano na Europa entre os séculos XIII e XV e o influxo das teorias sobre a posse surgidas no século XIX.

O exame da etimologia da palavra posse nos aponta parte de sua noção. Consta no *Digesto* a seguinte definição de Paulo: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* (= Denominou-se posse, como diz também Labeão, de sede, como se dissera *posição*, porque naturalmente é mantida por quem nela se acha). Já a *Vulgata* diz: *Possessio appellata est a pedibus, et Labeo ait, quasi pedum positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* (= Denominou-se posse a posição dos pés, como diz também Labeão, como se dissera colocação dos pés, porque naturalmente é mantida por quem nela se acha). Embora em ambas expressões perceba-se a idéia de dominação sobre o objeto da posse, da primeira decorre um sentido de assenhoreamento, de direito dominical, pois a posse desde então traduzia a apropriação das *res nullius* (= coisas de ninguém, sem dono). A segunda tinha um sentido material, de poder físico ou de fato, correspondente ao conceito hebraico

quidquid calcaverit pes tuus, tuum erit (= em tudo aquilo que calcares teus pés, teu será), não significando esse *tuum erit* o domínio. É do primeiro significado que provém a palavra *possessio* (= posse), resultante da contração entre as palavras *posse, potis* ou *pote sedeo* (= estabelecer poder, assentar senhoria). O Direito Romano estabeleceu princípios fundamentais para a conformação do instituto: a distinção entre detenção, posse e propriedade (quanto a estas duas últimas, ao relegar aquela noção primitiva de assenhoreamento) e a fixação do *corpus* e o *animus* como elementos integrativos da posse (sem no entanto o preciso conteúdo atribuído pelos corifeus alemães no século XIX).

A posse no direito germânico medieval — a *Gewere* — consistia na senhoria de fato sobre a coisa e a correspondência dessa senhoria como um direito real.¹ Diferentemente do Direito Romano, que separou a posse da propriedade, o Direito Germânico confundia ambas e não admitia a violação da posse sem supor a violação da propriedade.

O Direito Canônico, para melhor proteger as funções e dignidades eclesiásticas, estendeu a posse e sua proteção a outros direitos que não exclusivamente os reais, em tendência conhecida como “espiritualização da posse”.

Em 1803 Savigny dá a conhecer seus estudos sobre o tema, pretendendo ter detectado nas fontes romanas a estrutura da posse, composta de um elemento objetivo (*corpus*) e um elemento subjetivo (*animus domini* ou vontade de senhor). Em 1868 passa a formular Jhering críticas às conclusões de Savigny, igualmente com base nos textos romanos, mas incluindo elementos de origem bárbara. A pedra angular de sua teoria é a afirmação de que a posse é a exteriorização da propriedade, pois ela apresenta todo o aspecto externo do domínio. O confronto entre estas duas teorias mostra que para Savigny a posse é independente da propriedade, ao passo que para Jhering ela está enraizada nas estruturas dominiais. Ademais a teoria subjetiva se assenta num elemento psicológico, enquanto a teoria objetiva se erige sobre um pressuposto sociológico. As conclusões apontadas pelas pesquisas históricas dos dois autores são corretas, embora divergentes. É que ambos não puderam perceber que o conceito de posse no Direito Romano não é unitário, e sim variável nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico. Este dado só veio à luz em fins do século passado, graças ao estudo aprofundado das interpolações, que possibilitou uma melhor discriminação do que era clássico e o resultante de modificações justinianéias.

Este, em grandes traços, é o panorama da evolução da posse desde suas origens romanas até a sua conformação teórica moderna. E desta última levo em conta precipuamente, para efeito das considerações que se seguem, a teoria objetiva da posse, pois é ela que predomina nas legislações do século XX, entre elas a brasileira.

Numa época em que tanto se fala na “crise do direito” e no esgotamento de um ideário jurídico burguês-liberal, não mais se pode aceitar a postura conservadora, acrítica e conformista dos “cultores rotineiros do direito”, do empertigado e irreflexivo aplicador dos “balangandãs da técnica jurídica”, do alienado sorvedor de conhecimentos passados por compêndios e aulas de direito. O jurista moderno — o jurista progressista — é aquele que, num esgar de desconfiança e “sob a inspiração de um espírito crítico e construtivo, abandona a postura de servo do direito vigente” (J. B. Herkenhoff). Hemos pois de perguntar-nos: Qual a real função da posse? Sua formulação dogmática moderna visa a conservar a ordem vigente ou é emancipatória? Por que Jhering e não Savigny? Há um caráter ideológico da posse?

Em primeiro lugar a posse é um direito real distinto da propriedade, mas que apresenta, nas devidas proporções, todas as características desta, notadamente a adesão do direito à coisa e a oponibilidade absoluta² e que, assim sendo, subordina-se às mesmas determinações da propriedade privada.³

“O pressuposto sociológico dos direitos reais se acha constituído por uma estrutura social e, sobretudo, político-econômica que erige a propriedade privada em instituição chave. Sobre esta base aparecem elaboradas as correspondentes categorias lógico-jurídicas que preponderam nos sistemas de direito civil de corte tradicional. (...) Todos os direitos reais são modos de adscrever os bens ao serviço de seu titular; modos, enfim, de afirmar o poder da autonomia privada. Um bem não pode estar mais ou menos afeto a uma pessoa senão na medida em que fique subtraído às demais. A concreta atribuição da propriedade de um envolve a negação potencial da propriedade de outro. Os direitos reais, e singularmente a propriedade privada, se assentam, pois, sobre o mais radical conflito de interesses, que coloca em situação de pugna os membros de um conjunto social” (Hernández Gil, 1969:109-10).

Em segundo lugar, qual o real fundamento da proteção possessória? “Por que se protege a posse? Ninguém formula tal pergunta para a propriedade. Por

que, pois, se agita a respeito da posse?" Assim começava em 1867 Jhering a sua obra mestra *O Fundamento da Proteção Possessória*.⁴ Savigny dizia que o centro da proteção possessória era a pessoa do possuidor, pois é a pessoa como tal que deve ficar resguardada de qualquer violência, por ser esta contrária ao direito. Jhering respondeu que a propriedade é o fundamento da proteção possessória ou, de outra forma, que esta é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilitação disto. Correto, mas não revelador. Efetivamente sendo a posse uma sombra da propriedade (privada) a proteção outorgada àquela se estende a esta, seja ela promovida pelo próprio dono ou por um possuidor justo. Mas, aproximando o bisturi, chega-se a indagar o porquê de proteger-se a posse injusta, até mesmo contra o proprietário em certos casos, e o fundamento do usucapão. Referentemente à primeira questão, diz Jhering que

"desta maneira é possível que o não proprietário triunfe no possessório contra o proprietário. A instituição feita para *este* torna-se *sua* adversária. Mas não sucumbe porque a reivindicação proporciona-lhe o modo de pôr fim, em qualquer momento, à posse juridicamente protegida de seu adversário. Esses efeitos, que excedem do fim legal das instituições jurídicas, são inconvenientes que o legislador deve aceitar sem remédio. É como a chuva que rega ao mesmo tempo aos que dela necessitam e aos que não necessitam dela"⁵ (Jhering, 1986:89).

Porém em que diferem a intenção do possuidor injusto e a do proprietário quando lançam mão da proteção possessória? Não pretendem ambos o afastamento dos esbulhadores, a volta da coisa a suas mãos e o retorno ao uso e gozo exclusivos da coisa? Não pretendem ambos excluir terceiros de ingerência sobre o bem, em perfeita sintonia com o caráter privado da propriedade? A instituição pode ter-se tornado adversária ou molhada quem não precisava, mas não se tornou adversária ou deixou de regar a propriedade (privada).

Quanto ao fundamento do usucapão, os doutrinadores tradicionalmente o explicam pela punição da inércia do proprietário, ou pela premiação ao possuidor que valoriza a coisa, ou pela necessidade de segurança jurídica, ou pela necessidade de legalização de situações de fato consolidadas pelo trato do tempo e até mesmo para evitar buscas e pesquisas históricas sobre operações na cadeia dominial. A semelhança da questão anterior, pergunta-se: qual a diferença da motivação psi-

cológica que move o usucapiente e a do proprietário que contesta a ação movida por ele? Não pretende o primeiro apenas obter uma propriedade (privada), ao passo que o outro resiste em perdê-la? Não pleiteia o usucapiente a declaração de ter adquirido uma propriedade tão privada quanto a de seu antecessor na titularidade? Há pois algo além daqueles fundamentos do instituto.

De estarem certos estes raciocínios, verifica-se funcionar a posse, na sua feição teórica moderna, como um monolítico e intransponível baluarte de defesa da propriedade privada, pois a invocação de quaisquer meios judiciais contidos no seu bojo servirá para manter acesa a idéia dessa propriedade e resultará num perambular dentro dos seus limites. Isto explica em parte a primazia da teoria de Jhering sobre a de Savigny, muito além da vantagem decorrente do desprezo do elemento anímico, pois, como se sabe, ela estabelece uma ínfima vinculação com o domínio, enquanto esta não. Paradoxalmente a teoria objetiva da posse acaba funcionando como condição de manutenção **subjetiva** da propriedade privada.

Poder-se-ia então falar de um caráter ou aspecto ideológico da posse,⁶ qual seja, o de garantir, mais que nada, a perenização do ideal daquele direito real maior, o que é silenciado pelos paladinos do pensamento jurídico dominante. Entretanto não se deve pensar que a posse apresenta apenas o caráter negativo da ideologia. Ela pode apresentar também um caráter utópico, para utilizar a terminologia de Mannheim.⁷ Basta que os operadores jurídicos tenham em vista não apenas o progresso formal do direito, ou do seu instrumental técnico, mas principalmente o progresso substancial a ser conseguido por formulações jurídicas libertadoras e verdadeiramente engajadas no progresso social. Um exemplo disto é a teorização feita por Hernández Gil em seu livro *A Função Social da Posse*. Segundo ele a posse é o instituto de direito real com maior densidade social, pois é através dela que os homens são conduzidos ao contato dos objetos indispensáveis para o suprimento do conjunto necessidades-trabalho. O seu problema crucial não é a sua proteção, mas seu acesso por todos, para que esta passe a cumprir a incumbência de servir às demandas vitais da pessoa e o desfrute de bens indispensáveis. Com isto poderá cumprir-se a função socializadora do instituto e dar-se a homogeneização dos grupos humanos, diz o autor. Como reflexo dessa proposição, alguns juristas de vanguarda vêm sustentando a negação da tutela da posse que não apresenta função social.

"A posse é uma das grandes manifestações do mundo do fenômeno social da inércia. Em princípio, não se muda nada. Deixa-se tudo continuar como

está, para evitar o desgaste de uma mudança. Isto é assim, tanto na ordem política, como na vida das pessoas ou das instituições. Quando alguém exerce poderes sobre uma coisa, exteriorizando a titularidade de um direito, a ordem jurídica permite-lhe, por esse simples fato, que os continue a exercer sem exigir maior justificação" (Oliveira Ascensão, 1993:73-4).

Não pode mais a posse ser positivada dessa forma, em códigos marcados pelo individualismo e liberalismo. Não mais pode o possuidor ter aquele aspecto robinsoniano ou rousseauiano do estado de natureza. Como disse Gaudemet, "nossos códigos são velhos. Têm mais de um século de existência. E que século!"

NOTAS

- 1 *Gewere* vem do gótico *vasjan* (= vestir) e dá origem às expressões latinas *manus vestita* (= mão vestida) e *vestitura* (= vestidura, investidura).
- 2 Não é possível analisar aqui este tópico nem ingressar na "vexata quaestio" de se tratar a posse de um fato ou direito. "Não temos dúvida de que a posse é um direito e não simplesmente uma pura relação de fato. Demais, *ex facto jus oritur* [= o direito nasce de fato]. (...) E entendemos assim como um direito por isso que se nos afigura incontestável a presença de uma relação jurídica em todo e qualquer fato tutelado pela ordem jurídica (...)" (Serpa Lopes, 1962:90).
- 3 Não custa lembrar que há um conhecido sistema filosófico-político que afirma que a propriedade privada burguesa é a mais acabada expressão do modo de produção que se baseia na exploração de uns pelos outros e nos antagonismos de classe.
- 4 Com efeito, em 1840 havia publicado Proudhon a sua diatribe *O que é a Propriedade*, e o *Manifesto Comunista* é de 1848.
- 5 Cogita-se obviamente de ordenamentos que acolhem a exceção de domínio.
- 6 Não enveredarei pela complexidade teórica da ideologia e seus múltiplos e intrincados significados. Beneficiando-me inclusive da situação, entendo-a como a descrição falsa da realidade, entortada por interesses de classe, e tenho presente a advertência de Michael Löwy de que "as ideologias não são simplesmente uma ou outra idéia, uma mentira ou uma ilusão, são um conjunto mais

vasto, orgânico, de valores, crenças, convicções, orientações cognitivas, de doutrinas, teorias, representações. A esse conjunto, à medida que seja coerente, unificado por uma certa perspectiva social, por uma perspectiva de classe, eu chamaria de visão social de mundo" (Löwy, 1985:28-9). Considero também a asseveração de Marx de que são falsa consciência "não apenas as asserções e as interpretações, mas também e sobretudo os valores e ideais da Ideologia burguesa" (Stoppino, Mario, In: Bobbio, 1986:593). Parece-me claramente que visões ideologizadas dos vários institutos jurídicos sejam responsáveis pela caracterização segura do direito burguês como ideologia.

7 "As visões sociais de mundo poderiam ser de dois tipos: visões ideológicas, quando servissem para legitimar, justificar, defender ou manter a ordem social de mundo; visões utópicas, quando tivessem uma função crítica, negativa, subversiva, quando apontassem para uma realidade ainda não existente" (Löwy, 1985:14).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. 2.ed., Brasília : Universidade de Brasília, 1986.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La Función Social de la Posesión*. Madrid : Alianza, 1969.
- IHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da Posse. In: *Posse de Direitos Possois*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social — Elementos para uma Análise Marxista*. São Paulo : Cortez, 1985.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A Influência do Direito Romano sobre o Instituto da Posse no Direito Brasileiro. *Vivência e Sobrevivência do Direito Romano: para uma Perspectiva*. In: *Seminários de Direito Romano*. Brasília : Universidade de Brasília, 1984.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil — Reais*. Coimbra : Coimbra, 1993.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil — Direito das Coisas*.
2.ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1962. Vol. VI.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Coisas*. 6.ed.,
São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. Vol. III.