

Justiça e eficácia no conflito possessório: o poder simbólico da ordem e da decisão

Justice and effectiveness in dispossession conflict: the symbolic power behind the order and decision

Gilson Ferreira

Mestre em Direito. Professor de Direito Civil da Universidade Nove de Julho
São Paulo – Brasil

Resumo: Este artigo situa-se no amplo espectro da teoria jurídica e busca enfrentar o problema da justiça e da eficácia da decisão produzida pelo Estado-Juiz para resolver o conflito possessório. O questionamento central desse artigo reside em saber qual é o discurso normativo produzido em torno do conflito possessório e qual é o seu vetor. Para que se possa compreender essa questão norteadora será preciso tomar em consideração os paradigmas da construção do Estado Liberal, isto é, a atomização dos sujeitos e a sua libertação do modelo transcendental da Idade Média e do Antigo Regime. Para alcançar a resposta almejada, foi preciso rejeitar, como ponto de partida, o esquema mental das subsunções ou deduções formais que consiste no ponto central da hermenêutica tradicional. Nesse compasso, substituiu-se o método exegético-positivista pela ontologia da compreensão do fenômeno possessório, que no embate entre o novo e o velho, permite compreender que a ordem jurídica abre pelo menos duas vias para a solução do conflito a partir do reajustamento dos conteúdos conceituais de posse e propriedade.

Palavras-chave: Posse. Função social. Eficácia decisional.

Abstract: This article from the perspective of the legal theory of law is addressed to face the problem of the justice as well as the efficiency of the judicial decision produced by the State when a repossession conflict has to be settled. The main issue of this article is to research how the prescriptive speech of the Court is produced in terms of land ownership judicial proceedings and on what grounds is the decision made. In order to shed light on the leading question of this paper it will be necessary to take into consideration the political construction and economic dimension of State under its liberal role. The method used to pro-

duce this research rejected, as a starting point, the mental scheme of formal deductions which has been the main concern on establishing the legal basis over which the judicial decision will be produced. The traditional method has been replaced by the ontology of the understanding of the possession dispute, which in the contention between the new and the old paradigms of the State e and the protective law of property and possession, allows to understand that the legal order is opened to at lead two ways that lead to the solution of the conflict from the readjustment of the conceptual contents of possession and property.

Key words: Possession. Social duty. Decision effectiveness.

1 Introdução

Já há algum tempo trava-se no cenário acadêmico e jurídico uma discussão em torno da possível crise de paradigmas do Direito que vem se mostrando insuficiente, isto porque ele foi pensado e materializado em determinadas circunstâncias espaço-temporais para dar conta de certas questões, especialmente políticas e econômicas da vida em sociedade.

Essa insuficiência do Direito pode ser explicada pelo desgaste não apenas estrutural, mas também metodológico de apresentação de suas soluções pretensamente universais e universalizantes.

A complexidade do mundo contemporâneo instaura na ordem política e, por conseguinte na ordem jurídica, um processo de relativização do direito, que passa a apresentar-se funcionalizado.

O aspecto funcional de categorias jurídico-normativas é uma dimensão que toma como medida a revalorização do aspecto subjetivo das relações jurídicas, que a partir desse movimento funcionalista, deixam de ser eminente e exclusivamente patrimoniais ou patrimonializadas.

As relações jurídicas, quando socialmente funcionalizadas levam a uma revitalização do Direito a partir da compreensão de que o Direito deve ser encarada como um instrumento realizador da vida humana em sociedade. Direito e sociedade são simbioticamente relacionados e são um e

outro necessariamente inseparáveis, ou pelo menos não podem ser compreendidos independentemente um do outro.

A questão norteadora, e, portanto, desafiadora, desse artigo é compreender, diante da chamada crise de paradigmas do Direito, como se articulam no conflito possessório instaurado entre o proprietário e uma coletividade de possuidores o problema da Justiça e o correlato problema da Eficácia, tanto da norma quanto da decisão.

As ponderações em torno dessas questões começam pelo delineamento dos fundamentos da situação a que recorrentemente se tem atribuído o nome de crise. Em seguida, quer-se discutir a apropriação que o Direito faz do termo paradigma, expressão própria das Ciências.

Discutir esse movimento de apropriação terminológica é uma estratégia necessária para que se tenha uma noção de como o Direito se situa nesse espaço das Ciências e assim, indutiva e exploratoriamente, se poder caminhar no sentido da discussão da posse e os antagonismos do conflito possessório na busca da resposta à questão norteadora desse trabalho, cujos resultados serão demonstrados no arremate conclusivo.

2 Fundamentos da crise

Se se tomar o direito tão somente como uma categoria lógico-formal, pretensamente universal e redutível, no campo do direito privado, à máxima de que tudo o que não está proibido, está permitido, então é de se concluir, que não podendo abarcar a totalidade da realidade, mas apenas uma parte dela, a própria estrutura normativa se abre para outras fontes de produção do direito, quando não para outros paradigmas, instaurando uma verdadeira crise paradigmática.

Lenio Luiz Strenck (1999) sintetiza com proficiência essa problemática, afirmando em linhas gerais que se tem de um lado uma crise de

modelo normativo, de outro, uma crise dos paradigmas aristotélico-tomista da ciência que reduz e limita as estruturas ao esquema sujeito-objeto.

Dito de outra forma, a crise paradigmática quer significar que o Direito, como produto do Estado ainda tem em vista apenas o enfrentamento de conflitos interindividuais, não dando conta, em suas estruturas de resolver os conflitos coletivos, próprios de uma sociedade plural, cuja diversidade dos grupos propõe demandas próprias e singulares.

Para Luis Roberto Barroso (2006, p. 28), o anátema do fracasso do projeto positivista e da quebra da promessa da entrega da segurança e justiça se opera com o surgimento do pós-positivismo, enquanto “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais (...)”.

Não almeja o pós-positivismo, segundo a lição do autor, a desconstrução do quanto historicamente se construiu, senão a superação da crise, que se fincou na base da promessa positivista e da codificação dela resultante, disso resultando que a realidade não pode ser disciplinada de forma ficcional por uma lei regulamentadora de todas as situações, escamoteando-a historicamente como fez o positivismo jurídico.

Em síntese: o projeto fracassou e a promessa de segurança e justiça fora quebrada em razão, exatamente, da identificação entre Direito e norma e do decreto de divórcio do Direito em relação à ética, contexto de que emerge o problema da Justiça e da eficácia do Direito e das decisões judiciais.

A crise que acomete o Direito pode ser compreendida como expressão das formas de se organizar a sociedade politicamente. O modo de produção capitalista, a partir das suas constantes reinvenções não logrou êxito em modelar um Estado em que a vida digna fosse o seu centro de suas preocupações e ações.

Ao reverso, o fortalecimento de uma concepção de Estado não intervencionista implicou em privilegiar a liberdade, o que causou na tessitura

normativa uma tensão que aumentou na mesma medida em que o Direito moderno perdeu sua capacidade de regular de forma eficaz as relações sociais.

A intensidade da crise aumenta a cada momento histórico e ainda mais quando se observa que a legislação existente é incompatível com a complexidade contemporânea das relações sociais, mostrando-se, portanto, destituída de eficácia, ou ela é insistente no emprego do método dedutivo e de subsunção, circunstâncias que tornam as situações cotidianas, sem proteção, disso resultando os conflitos.

A instalação da crise nos paradigmas do Direito, no entanto, se mostra como uma alavanca para a renovação de suas estruturas e mesmo do seu método, isso significa dizer que pensar a partir da crise é permitir que o Direito, tomando como fenômeno social e político, renove suas estruturas jurídico-normativas, a partir do seu enfrentamento como mecanismo de materialização do Estado Social e Democrático de Direito.

3 A questão paradigmática do Direito

À vista da polissemia da expressão paradigma, adotou-se aqui a lição de Boaventura Santos (1989, p. 132) para quem paradigmas são “princípios, teorias e conceitos básicos em que se funda a ciência até então produzida”.

Nesse sentido, para que se possa compreender a crise paradigmática do Direito e de igual forma a crise de paradigmas do Direito Privado, será preciso retomar alguma discussão sobre esses princípios, teorias e conceitos básicos que estruturaram o Direito Privado como ramo do Direito, enquanto norma codificada.

Para isso, não se pode perder de vista o contexto em que o processo de codificação do Direito Privado se instaurou. É preciso lembrar que ele é herdeiro, de uma perspectiva filosófica, de uma estrutura mental analítica, consistente segundo o padrão cartesiano na decomposição do todo em

unidades elementares menores que deveriam ser, depois da decomposição, arranjados numa forma lógica.

Pela lógica cartesiana, o todo é ignorado, porquanto somente pode ser compreendido pela análise de suas partes elementares. Representa, assim, essa estrutura mental um sistema que se fecha em si mesmo, na medida em que fragmenta e reduz o todo a categorias menores, que formalmente identificadas e linearmente sequenciadas, tem a sua previsibilidade descrita previamente, garantindo a estabilidade necessária.

Esse paradigma da racionalidade cartesiana, quando foi transportado para a economia e para a política fez com que a burguesia visse, segundo aponta Boaventura Santos (2005, p. 33) “na sociedade que começava [ela, a burguesia] a dominar o estágio final da evolução da humanidade (o estado positivo de Comte, a sociedade industrial de Spencer, a solidariedade orgânica de Durkheim)”.

O Direito, como expressão, no plano normativo, da economia e da política, não se furtou desses efeitos, submetendo-se, assim, àquela racionalidade fragmentária. Buscou o Direito, nesse compasso, controlar os comportamentos sociais, a partir da demonstração de sua previsibilidade e para isso formulou, num corpo legislativo codificado, normas jurídicas, abstratas.

Essa postura metodológica cartesiana, então instaurada, se articula fortemente com o projeto político institucional revolucionário do século das luzes, fato que significou a superação da crise paradigmática do Antigo Regime, cujas fronteiras, umbrais e interstícios entre o público e privado não eram bem delineadas, como veio a ocorrer na Revolução das Luzes.

É o Estado Moderno que separa religião da política e economia da política. Se antes a felicidade dos indivíduos de per si era uma atribuição do Estado, na Modernidade, ao revés, a busca da felicidade passa a ser uma tarefa do indivíduo, cujos interesses privados eram apenas compatibilizados pela lei em torno do interesse coletivo.

Aqui o Constitucionalismo assume, segundo Canotilho (1999, p.48) um papel transformador, na medida em que representa não apenas um momento de ruptura com o estado das coisas do Antigo Regime, mas também um papel construtivista, que se exerceu pela identificação dos objetivos da transformação das estruturas sociais e políticas.

Essas transformações precisaram se fazer acompanhar da justificação moral dos atos que haveriam de materializar a mudança, especialmente em razão de redesenho institucional inusitado em comparação com aquele ao tempo do Antigo Regime.

O constitucionalismo ao se tornar o alicerce de uma ordem jurídica racional, de um lado limitou as ingerências estatais na vida privada e de outro estabeleceu uma igualdade não antes vista, no sentido de ser o cidadão o centro de decisão de suas escolhas.

Nesse ponto específico dessas reflexões, é preciso dizer que o Direito Civil assume uma preponderância vital no processo de codificação. Aliás, emerge em importância assinalar que não é por acaso que o processo de codificação se inaugura na França e com o Código Civil.

A França encontrou terreno fértil para a idéia de codificação na medida em que ela era marcada por um ordenamento jurídico ora calcado no direito consuetudinário¹, ora no direito romano, o que para o momento político representava mero arbítrio da história, quando não resultado da simples vontade tirânica do soberano.

O rompimento com o arbítrio da história e do soberano foi a razão fundamental, para a Revolução adotar como ideário e como mote uma produção normativa estatal que fosse uniforme e universal, redutora e ao mesmo tempo reducionista da realidade a categoria lógico-formais. Como expressão intelectual o Direito produzido pelo Estado deveria ser modelado de acordo com mecanicismo preponderante no cenário intelectual da época.

A idéia de uma produção legislativa que fosse exclusivamente estatal não é produto originário da Revolução Francesa, mas antes uma apropriação de um fenômeno que ocorreu no Direito Romano com Justiniano, que reco-

lhendo a produção normativa romana até então vigente, consolidou-a no *Corpus Iuris Civilis*.

Essa compilação implicou na alteração do fundamento de validade da norma. Com efeito. A norma que antes se decotava da tessitura social, de onde o Direito Romano hauria sua força vital, agora, no cenário da Modernidade passa a ser expressão de vontade do Príncipe, segundo a idéia de que somente o príncipe é quem pode fazer a lei.

Para o ideário da Revolução, a vontade do Príncipe, porque ilimitada é causa de corrupção, razão pela qual será, então, preciso revisitar a força geradora da lei, que será ainda o Estado, ainda identificado com o Príncipe, mas revestido de uma natureza de legislador universal, que detendo o monopólio da produção legislativa de forma racional e unificadora, dará fim às possíveis arbitrariedades das decisões judiciais, submetendo os juízes ao império da lei

Esse legislador deverá, também, dar cabo das arbitrariedades do próprio Estado-legislador, limitando sua ação, o que no plano político se deu por meio da implementação da Teoria da Separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos. Construiu-se, assim, o Estado Liberal a partir da atomização dos sujeitos e da sua libertação do modelo transcendental da Idade Média e do Antigo Regime.

A sociedade passa por um processo de secularização, medida necessária para tornar possível a autonomia do indivíduo e o exercício da liberdade, que é pressuposta a partir da limitação do próprio Estado. A limitação do Estado foi a medida que assegurou a um só tempo aos indivíduos não apenas a sua liberdade, senão também e igualmente, a propriedade.

Muito embora essa tenha sido a ambiência política e intelectual na qual floresceu o projeto de codificação do Direito, a França, berço originário dessa tecnologia, fez vingar um projeto de Código Civil divorciado do ideário iluminista, do retorno à natureza e à simplicidade, que a civilização corrompera.

Voltou-se o Código Napoleão, paradoxalmente, para a tradição romana que marcava o seu direito comum escrito, inspirando num sentido

de ordem e unidade nas Institutas de Gaio, compatibilizando-o com o antigo direito costumeiro herdado do feudalismo.

A harmonização, portanto, desses dois modelos normativos, como forma de superação da crise paradigmática se constrói na Modernidade a partir, em síntese, da idéia de que o Direito é um sistema unitário.

A fragmentação normativa então vigente, criado exclusivamente pelo Estado tem como razão de mutação o indivíduo, que nesse momento é um sujeito marcado pela abstração e pela generalidade, características que, para a racionalidade cartesiana e mecanicista representam a um só tempo a medida e o fator de segurança e certeza, únicos mecanismos capazes de assegurar a igualdade e a liberdade dos indivíduos.

Essa tecnologia político-econômica reduziu o juiz a mero interprete da lei que a traduz num rígido esquema formal da lógica-dedutiva, por meio da subsunção a norma a ser aplicada. É sobre essas bases que se assenta o Código Napoleão: na idéia fundamental de que os cidadãos são livres e iguais e que eles se constituem sujeitos de direito, porque liberdade e igualdade são o centro do sistema normativo.

Em função desses elementos é que as engrenagens sociais se movimentam. É nessa moldura que os Direitos Reais e particularmente a propriedade e a posse representam, segundo Orlando de Carvalho (1977, p. 17)

[...] o projeto tanto cívico como político que representa a sociedade em questão. Quer isto dizer que antes de nenhum outro o direito das coisas é expressivo de certa forma de economia e explicativo de uma certa ideologia, sendo ao seu nível que a sociedade civil mostra os seus verdadeiros [...]

O Direito das Coisas e seus institutos fundacionais – posse e propriedade – mais do que qualquer outro ramo do Direito dá o contorno do projeto não apenas cívico e político, mas fundamentalmente estabelece o projeto econômico que orienta essa sociedade onde o projeto se implementa.

4 Paradigmas da posse: o novo e o velho

Ainda que a propriedade se mantenha entronizada na ordem econômica, como seu principal instrumento, já desde o início do século passado, com a remodelação do Estado operada a partir da crítica e da falência do Estado Liberal que trouxe como consequência a consolidação do Estado Social, o paradigma da posse como exteriorização da propriedade vem se enfraquecendo.

Em outros termos, a posse vem se emancipando da propriedade e se automatizando a despeito de ainda ser tratada no Código Civil tanto no revogado quanto no atual como um braço da propriedade, isto é, como um mecanismo que permite o exercício concreto da submissão da coisa ao seu titular.

A estrutura normativa de ambos os diplomas no que se refere ao fenômeno possessório se repetem, ainda que autores vejam nesse regime jurídico dois fenômenos distintos: um que se denominam de posse simples, como mero poder de fato das faculdades jurídicas inerentes à propriedade e outro que denominam de posse qualificada a ensejar as modalidades usucapionais especiais ao lado daquelas modalidades tradicionais e já conhecidas desde o Direito Romano.

A despeito disso, o fenômeno possessório é ainda compreendido em estreita correlação com a propriedade. Os mecanismos que a ordem jurídica coloca à disposição do possuidor para a defesa de seus interesses contra os do proprietário é, ainda, a sua aquisição por meio da usucapião, nas modalidades em que se prestigia a sua função social, como no caso da usucapião rural.

Esses mecanismos, continuados na ordem privada atual, consideram ainda os conflitos possessórios de uma perspectiva patrimonialista, centradas no projeto de aquisição da propriedade e no conflito intersubjetivo.

No entanto, os conflitos possessórios se pluralizaram, tornaram-se múltiplos e deixaram de envolver o desejo de aquisição da propriedade. Os conflitos passaram a se orientar pela garantia constitucional do direito a moradia, o que não pressupõe necessariamente a aquisição do direito de

propriedade, mas o exercício da posse que assegure a realização do trabalho e da vida digna, como pressupostos do Estado Social e Democrático de Direito.

Para quem dessa percepção, a vinculação do Código Civil à teoria objetiva da posse encontra seu fundamento no paradigma liberal e na proposta liberal do Código Beviláqua, mantida no Código Reale em razão da forte tendência ao continuísmo jurídico nacional, de que dá mostras o tormentoso processo de codificação no Brasil desde o Projeto Teixeira de Freitas até o Código Reale, com todos os seus percalços.

Como quer que seja tanto naquele diploma civil (1916) quanto neste (2002) a posse não é tomado mero poder físico sobre a coisa, mas a exterioridade da propriedade, como sustentava Ihering (1926), querendo isso significar que não poderia haver posse se não fosse possível haver propriedade, que como instrumento da ordem econômica, deveria ser hábil a produzir lucro. A propriedade é o ponto para o qual a posse deve convergir, segundo a teoria objetiva.

Nesse sentido, esclarece Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon (1999, 60) que

[...] Possuir significa vontade de ter a coisa à disposição e de tirar dela algumas das utilidades que é capaz de produzir. A posse a que falta essa consciência não tem consequências jurídicas; é um fato indiferente ao direito. Mas o *animus* esclarece Jhering, não é o elemento qualificador da situação possessória. Ele é ínsito ao corpus e existe onde quer que este se manifeste, vale dizer, onde exista relação de normal utilização da coisa [...]

Tomada a teoria objetiva da posse, que em linhas gerais implica em reconhecer na posse uma via de acesso à propriedade, de que deriva sua expressão econômica, é possível compreender a razão jurídico-normativa, segundo a qual, no conflito possessório entre um proprietário e um número razoável de pessoas que ocupem a coisa imóvel, é desde logo repelida pelas estruturas tradicionais do Direito Civil.

Explica-se: movimentos sociais urbanos de ocupação são uma representação estranha às categorias jurídicas formais do Direito Privado, que ainda é herdeiro de uma concepção de um sujeito de direito abstrato. Movimentos sociais não são sujeitos de direito, mas apenas grupo de pressão política.

O Direito Privado não compreende, portanto, a coletividade como possíveis proprietários e quando mais não fosse, ainda que novos ares soprem sobre o Direito Privado, aquela coletividade não empresta à coisa ocupada uma finalidade econômica, pois não extrai dela os lucros que dão sustentação ao modo de produção capitalista.

E ainda quando for possível tomar a coletividade como possíveis proprietários, emprestará à coletividade o tratamento de direito individual, buscando individualizar os sujeitos, atribuindo a cada um dos integrantes uma fração ideal da propriedade adquirida. Tal é o tratamento, por exemplo, que resulta do art. 10, §3º, da Lei nº 10.257, de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade.

A ruptura paradigmática da posse se dá, na contemporaneidade, para além de toda a sua construção histórico-dogmática, no momento em que a posse se despatrimonializa, o que ocorre quando se lhe reconhece uma função social que, embora sempre presente porque a posse é um antes de tudo um fato social, fora até esse momento de sua despatrimonialização tornada invisível pela supremacia e hegemonia jurídica da propriedade, que lhe ofuscava a luz e grandeza próprias.

Essa ruptura surge como um movimento de crítica ao modelo mental – político e legal – liberal, de que derivam contradições e inconsistência que não dão conta de executar a primordial tarefa da lei no horizonte liberal, qual seja restringir o poder e proteger as pessoas da intolerância e da opressão, segundo Andrew Altman (1990).

Na contemporaneidade, a posse não apenas se despatrimonializa, mas repersonaliza, porque sendo a posse expressão da vida mesma e verdadeira práxis social concreta, ela não pode ser compreendida senão em estreita articulação com a vida. São esses dois elementos – despatrimonialização e

repersonalização, que medem suas forças no conflito possessório, cenário em que as tormentosas questões envolvendo Justiça e Eficácia despontam.

5 Justiça e Eficácia: o problema da ordem e da decisão no conflito possessório

O problema a ser enfrentado aqui está na compreensão do conceito fundamental de *habitus* desenvolvido por Pierre Bourdieu (1983) como um sistema de disposições, de modo de ser no mundo e de perceber o mundo, o que leva, por conseguinte o sujeito – aqui especialmente o juiz – a sentir, a pensar e agir de uma determinada forma em determinada circunstância.

O *habitus* é resultado, produto, de um processo de aprendizagem que estampa a história individual e coletiva e nesse sentido, o *habitus* é o processo de interiorização das estruturas sociais, funcionando a um só tempo como elemento condicionante e condicionador da organização social.

O *habitus* está, portanto, diretamente, associado à idéia de campo, como o espaço em que todo um sistema se organiza para relacionalmente impor a sua lógica, sendo, por isso, um espaço de conflito, dado que pela imposição cada um dos atores desse cenário pretende impor-se de forma hegemônica.

Nesse sentido, enquanto o conflito possessório for concebido apenas e tão somente como uma disputa entre o possuidor-não proprietário e o proprietário e, portanto um conflito entre titularidades, as decisões judiciais não serão norteadas pelo vetor da eficiência jurídica, isto é, pelo atendimento de suas finalidades nem pela justiça social, mas pelo apego ao formalismo e reducionismo da norma estatal.

Compreenda-se, portanto, que as decisões judiciais a respeito do conflito possessório, apesar da reorientação paradigmática da posse, de seu redesenho institucional e sua crescente funcionalização, ainda se assentam na mentalidade oitocentista, de que deriva o apego à forma, à supremacia

da propriedade e o desenraizamento do direito da vida e sua desarticulação com o tecido social.

A desconsideração, portanto, às pluralidades e às especificidades dos atores sociais e jurídicos e a insistência na pretensão universal e universalizadora do direito, repercutida nas decisões judiciais contra a orientação principiológica do ordenamento jurídico fortalece a violência e a legítima, não apenas simbólica, mas também, real.

Não se pode esquecer que quando se fala em conflito possessório o primeiro instrumento a que recorre o proprietário é ao desforço imediato, que representando um resquício de auto-tutela e portanto, de justiça privada, remanesce no Código como mecanismo de legítima defesa da posse e da propriedade pela repulsa com o emprego de violência direcionada contra aqueles que sem legitimidade investiram conta a coisa.

Essa prerrogativa legal permitiria, por exemplo, no campo, onde o conflito é mais violento, que os proprietários provejam seus empregados e prepostos com armas de fogo para defender a coisa ocupada por um sem número de pessoas, no campo dos fatos.

A questão envolve não somente a garantia constitucional da propriedade, tradicionalmente assegurada desde a Constituição Imperial de 1824, mas igualmente, a função social da propriedade, que não é apenas um dos fundamentos da ordem econômica. Ela é também uma garantia e um direito fundamental segundo se depreende dos artigos 5º e 170, da Constituição de 1988.

Há mais. No conflito possessório, a questão envolve, ainda, a garantia do direito à vida, à dignidade e à segurança, sem se mencionar o direito à moradia, porquanto seja campo, seja na cidade, a ocupação dos terrenos se dá, prioritariamente em busca de moradia, ainda que no campo, a moradia esteja associada ao trabalho na terra e ao desenvolvimento de uma economia agrária de subsistência.

Em situações como essa, contrastam-se no campo jurídico e jurisdicional, a desafiar uma sentença que estampe os ideais de Justiça e Eficácia,

de um lado, a garantia constitucional à vida, à moradia, à dignidade da pessoa humana, daqueles que não titularizam o direito de propriedade – os invasores, e de outro lado, a garantia constitucional da propriedade, titularizada pelo proprietário, vitimizado pelos movimentos sociais.

Opera-se, assim, uma aparente colisão entre os direitos fundamentais, cuja solução se dá por meio da ponderação, que tome em linha de consideração a proporcionalidade, ladeada pela idoneidade da medida e por sua necessidade, com o que se haveria de harmonizar os direitos fundamentais de um grupo e de outro, no plano do Direito Constitucional ao qual se deve compatilizar, hermeneuticamente, o texto codificado, reprodução em tudo e por tudo, no campo possessório, da mentalidade oitocentista.

Haverá algo de subversivo que colocaria em risco a ordem social a implicar numa desobediência destrutoradora da fé inabalável no Direito e na segurança jurídica que a modernidade lhe imputou como fardo, a releitura do regime jurídico da posse e sua atuação hegemônica sobre a propriedade, a conferir-lhe uma tutela tão senão mais eficiente e eficaz contra a propriedade.

A sentença é um ato de vontade e representa, evidentemente, um produto intelectual que espelha aquele modo de ser no mundo, que Bourdieu refere como *habitus*. A sentença não se despe de preconceitos ideológicos que, ao contrário, espelhando o modo de ser no mundo repercute socialmente porque estando ela – a sentença – está estruturada na lei, ela ordena e estrutura a sociedade ao mesmo tempo em que a estrutura, porque orienta o seu agir.

A sentença que vê nos movimentos sociais de ocupação uma expressão de desobediência civil aos ditames da lei assecuratória do direito de propriedade, desconsidera a juridicidade da pretensão e licitude da afirmação histórica dos direitos sociais à moradia, ao tratamento digno e à condição de cidadão, repete o discurso que entra como elemento daquela argamassa ideológica que cimenta os blocos do poder, ajudando a construí-los e a reconstruí-los, como se refere Otavio Ianni (1984) ao examinar a questão das origens agrárias no Brasil.

Os discursos sentenciais a respeito dos conflitos possessórios são como os próprios conflitos antagônicos. Ora os discursos fazem prevalecer a concepção funcional da posse ao argumento de que é a coisa que se apresenta funcionalizada e não o direito de propriedade, ora os discursos sustentam a ilegalidade dos movimentos de ocupação sejam eles urbanos, sejam eles rurais, legitimando o discurso hegemonicamente construído pelo proprietário.

Para manter a ordem, os pedidos de reintegração de posse são julgados, por conta de sua tutela diferenciada, com rapidez, quando envolvem os movimentos sociais rurais e urbanos e com lentidão, quando se trata do devido processo legal desapropriatório seja pela improdutividade do solo seja pelo interesse social, decorrente da subutilização do solo urbano.

Em algumas hipóteses, contraditoriamente, o próprio movimento de ocupação é eleito como obstáculo ao processo de desapropriação, sob o argumento de que havendo uma situação de invasão, os proprietários não podem dispor plenamente do seu imóvel, o que significa dizer que o imóvel invadido tem suas características alteradas, assim como a sua produtividade.

O Superior Tribunal de Justiça já sumulou sob o nº 354 que “A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária”, sob o fundamento de que a vontade da lei – aqui o artigo 2º, da Lei 8.629/93 – é a de evitar os reiterados ataques à propriedade alheia. Nesse sentido o REsp 1057870/MA, no que é secundado pelos RESP 960368-MG, RESP 893871-MG.

A problemática da função social da posse no seu confronto com a propriedade no espaço do conflito possessório não desborda para o ativismo judicial como mecanismo capaz de conciliar os ideais de Justiça e Eficácia, porque o direito social de moradia, como direito fundamental e como mecanismo de materialização da função social da posse não pode ser judicializado.

A impossibilidade dessa judicialização, isto é, a impossibilidade de o direito de moradia ser exigido judicialmente, reside na circunstância de que a judicialização depende de que tenham sido previamente implantadas políticas públicas.

A prevalecer esse entendimento, o que impede, efetivamente, a concretização de direitos fundamentais e coletivos, estar-se-a afirmando que as normas referentes aos direitos fundamentais tem natureza programática, isto é, meros conselhos ou admoestações morais ao Estado (Silva, 1978).

Talvez o que torne realmente problemática as soluções judiciais para os conflitos possessórios seja a circunstância de se pretender considerar os aspectos principiológicos e fundacionais da Constituição e do Estado Social e Democrático de Direito bem como os direitos fundamentais uma simples regra moral, uma recomendação, ineficacizada pela tradição e pela construção histórico-ideológica dos institutos de Direito Privado.

Não se trata de inverter, como pode parecer, o eixo de análise dessas questões ao sabor de argumentos políticos subversivos a alimentar a sanha de invasões, expressão já empregada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça para se referir à ocupação de terras públicas.

Trata-se, antes, de tomar em linha de consideração o fato de que na grande maioria das situações de conflito possessório, que recai sobre terras particulares está envolvido um sem número de excluídos social, econômica e cultural e juridicamente.

Trata-se, ainda, de observar os limites do exercício do direito pelo simples exercício do direito, desconsiderando sua funcionalidade e nesse particular aspecto, o direito precisa ser considerando além da função legitimadora da violência, na medida em que

[...] a justiça é uma palavra, e o julgamento, um dizer público. [...], o momento do julgamento é bastante para restabelecer uma ligação e permitir que a vida continue. Quanto mais de perto o crime intervém na ordem simbólica, mais esse dizer é necessário. [...]. O direito se apresenta in fine como a promessa de humanismo feita por uns aos outros e garantia pela lei. Nossa base humanística está na capacidade reconhecida de sermos sujeitos de linguagem, isto é, de falarmos, de testemunharmos e de nos

comprometermos pela palavra. O Direito, em última análise, se traduz na promessa feita à comunidade, nacional ou internacional, e às gerações futuras. Daí a regra de ouro que é a própria condição do edifício jurídico: os compromissos devem ser cumpridos, *pacta sunt servanda*. (GARAPON, 2001, p. 168)

Não se ajusta à compreensão do Direito, já a partir da perspectiva de sua funcionalidade, o argumento de que as ordens judiciais devem ser cumpridas na medida em que são a expressão da lei, isto porque sendo expressão da lei, elas precisam, eficazmente, concretizar aquela promessa de construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária sobre o sólido terreno da dignidade da pessoa humana e da realização dos direitos fundamentais.

Para que se compreenda, por fim, a questão norteadora desse artigo, encerra-se-o com a descrição do emblemático conflito possessório, ocorrido no Município de São José dos Campos, conhecido como Pinheirinho. O relato que se faz aqui segue sem a coloração político-ideológica que o evento deflagrou. Limita-se essa descrição apenas aos fatos que apresentam relevância jurídica.

Trata-se de um terreno, de um milhão e trezentos mil metros quadrados, de propriedade da massa falida de uma empresa, que foi ocupado, para o estabelecimento de moradia de cerca de 1.500 famílias em 2004, as quais foram desalojadas em 2011, em cumprimento de mandado de reintegração de posse.

É preciso ter em conta, ainda, que durante o tempo de ocupação, o local foi loteado e cada lote ocupado por uma única família; ruas foram abertas e o local urbanizado. Esta a situação fática possessória a desafiar uma solução justa e socialmente eficaz e no embate entre a velha categoria de direito privado – o proprietário e o novo desconhecido – o coletivo, prevaleceu a velha ordem de proteção à propriedade desfuncionalizada em detrimento da ineficácia da posse funcional.

Desde a chegada da Teoria da Separação dos Poderes, o processo judicial é instrumento de atuação de Estado e nessa perspectiva, o processo

e o juiz devem estar em sintonia com o modelo de Estado adotado e afinados com a promessa política inscrita na Constituição da República.

Dessa relação necessária deve derivar, no momento da produção da norma concreta, isto é, no momento da decisão judicial que resolve o conflito possessório, não a consagração do mais forte, mas a tradução do justo, do equitativo, das regras e princípios que orientam o direito produzido pelo próprio Estado.

A manutenção da ordem, como uma condição necessária de sobrevivência na estrutura da sociedade politicamente organizada está, contemporaneamente, vinculada e umbilicalmente ligada à legitimidade, à eficácia social das decisões judiciais que tradicionalmente no Brasil ainda exclui as camadas mais populares.

Historicamente, anota José Murilo de Carvalho (2003, p.74) que, desde a instalação do curso de direito no Brasil em 1827, as primeiras faculdades de direito são escolas particulares que abrigavam os filhos de ricos proprietários da época, fonte de provimento dos cargos da magistratura, que como consequência lógica, necessária e até mesmo inafastável reproduziam em suas decisões o discurso do proprietário.

O discurso consolidado nas escolas de direito, institucionalizado pelos manuais encontra suas origens na classe que econômica e politicamente atua de forma hegemônica na vida social e política da nação.

A democratização do Poder Judiciário a partir da realização de concurso público para ingresso nos seus quadros, fato que permitiu o acesso de pessoas com as mais variadas experiências sociais, econômicas e políticas não foi suficiente para alterar seu discurso oficial de proteção da propriedade.

Essa resistência e persistência discursiva que insiste e persiste na velha ordem oitocentista se explica segundo Pierre Bordieu (2004) por meio de uma força coesiva e coerciva invisível que permeia todo o corpo e tecido judiciais, mantendo todos seus elementos humanos, fortemente integrados ideológica e discursivamente: é poder simbólico dos grupos que atuam hegemonicamente nos espaços institucionalizados e nos centros de decisão e de poder.

6 Conclusão

Com a nova estrutura do Estado e a partir dos contornos políticos e sociais que o Direito Privado assume numa ordem constitucional, o sujeito de direito é recolocado no centro de todo o ordenamento e nada obstante isso, a posse não continua atrelada ao direito de propriedade, como um mero apêndice ou uma via de acesso, a teor da desgastada teoria objetiva da posse.

Embora não se possa falar exatamente em um novo direito privado, é preciso reconhecer que novo ar vivificador lhe vem sendo insuflado e que bem por isso o fenômeno possessório apresenta uma certa tendência a se autonomizar, isto é, a posse tende a ser compreendida não mais em estreita correlação com a propriedade da qual não é serva e nem a propriedade o baú do tesouro cuja chave que lhe abre é a posse.

A desigualdade que se estabelece no plano dos fatos no conflito possessório é apenas transportado para a sentença, espaço e centro de decisão onde essa desigualdade se legitima pelo discurso mantenedor do proprietário e onde a eficácia social se pulveriza no emaranhado normativo que estrutura a ordem.

Para superar esse estado de ordem, que é mais aparente do que real, impõe-se que o conflito possessório coletivo não seja mais percebido e tratado como um conflito interindividual, estreitamente relacional e patrimonial. É preciso mais. A justiça e a eficácia que são esperadas e buscadas na produção normativa concreta é aquela que deriva da compreensão do Direito como um fenômeno social, enraizado na vida mesma das pessoas.

Em arremate conclusivo, é de dizer-se que há muito deixou o Estado-Juiz de ser um expectador no teatro dos conflitos judicializados. A contemporaneidade reconfigurou o Estado-Juiz, que de árbitro passou a desempenhar um papel mais relevante que consiste nisso: coordenar as forças que atuam no corpo social, no sentido de, para se usar aqui uma expressão da lógica empresarial ou de uma justiça empresariada, alcançar a meta de realização do bem comum com a articulação, portanto, de toda a coletividade, marcadamente plural e o Poder Público.

O texto constitucional e infraconstitucional no que se refere ao conflito possessório, como ponto de partida para o diálogo no âmbito estrutural do processo judicial abre duas vias decisórias: uma, que privilegia a propriedade quase feudal, expressão do patrimônio e outra, que a repersonalizada, tomando a posse como centro de decisão dos aspectos da vida: trabalho e moradia.

Nessa bifurcação que o sistema jurídico-normativo apresenta, a ordem e a eficácia ficam comprometidas diante do paradoxo discursivo em termos de solução de conflito possessório, especialmente porque nos conflitos possessórios coletivos é possível encontrar argumentos que tornam as ocupações coletivas crimes; outros argumentos tomam as ocupações como manifestação política legítima no Estado Social e Democrático de Direito; outros argumentos replicam o discurso oitocentista do direito de propriedade como absoluto e outros, ainda, investem na função social da posse e da propriedade.

Nota

- 1 Em certa medida o direito consuetudinário aqui precisa ser compreendido como o resultado da perda da importância do direito escrito – Direito Romano Justiniano – após a queda do Império Romano em 476 e a instauração de uma nova ordem social e econômica – o feudalismo – que fez surgir, uma multiplicidade de direitos locais calcados nos costumes dos povos bárbaros. O direito escrito só retoma importância com a instauração de uma nova ordem, sucessiva e superadora daquele paradigma – o mercantilismo, quando então ressurgiu o Direito Romano escrito, que será superado dialeticamente com a Revolução Francesa e a implementação do ideal revolucionário.

Referências

- ALTMAN, Andrew. *Critical legal studies: a liberal critique – studies in moral, political, and legal philosophy*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.
- _____. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BOURGUIGNON. *Embargos de retenção por benfeitorias: coleção estudos de direito de processo Eurico Tullio Liebman*, v. 40. São Paulo: RT, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito das Coisas*. Coimbra: Centelha, 1977.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- COSTA, Judith Martins. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revam, 2011.
- IANNI, Otavio. *Origens agrárias do estado brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1984
- IHERING, Rudolph Von. *La posesión*. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1926.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. *Um Discurso Sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2005.
- SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1968.
- STRENCK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

▼ recebido em 31 maio 2012 / aprovado em 20 nov. 2012

Para referenciar este texto:

FERREIRA, G. Justiça e eficácia no conflito possessório: o poder simbólico da ordem e da decisão. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, jul./dez. 2012.