

NOVOS PARADIGMAS DE POSSE E DE PROPRIEDADE

Celso Souza Guerra Junior⁹

SUMÁRIO: 1. Modificações introduzidas pelo novo código civil. 1.1. Posse. 1.2. Propriedade. 1.3. Os princípios norteadores do novo código. 2. Adequação dos conceitos. 2.1. Aplicabilidade dos institutos frente o anseio social. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Modifications Introduced by the New Civil Code. 1.1. Possession. 1.2. Propriety. 1.3. The Principles of the New Code. 2. Adaptation of the Concepts. 2.1. Applications of the institutes front the social desires. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

SUMARIO: 1. Las Modificaciones Introducidas por el Código Civil Nuevo. 1.1. La Posesión. 1.2. La Propiedad. 1.3. Los Principios del Código Nuevo. 2. La Adaptación de los Conceptos. 2.1. Las Aplicaciones de los Institutos frente los deseos sociales. 3. Conclusión. 4. Bibliografía

RESUMO: A concepção individualista e patrimonialista inserida pela codificação civil de 1916 deve ser abandonada em homenagem aos princípios constitucionais. Interpretar a propriedade utilizando-se da noção de que o patrimônio é ator coadjuvante na vida do Direito é muito mais que uma exigência constitucional, acima disto uma necessidade urgente.

ABSTRACT: The individual and patrimonial conception inserted through the 1916's civil codification should be abandoned in honor of the constitutionals principles. Interpret the propriety through the notion that the patrimony is a secondary actor on the Law's live is much more than a constitutional exigency, after all is a urgent need.

⁹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Univel/Cascavel - Pr, Advogado.

RESUMEN: *El concepto individual y patrimonial inserido con la codificación civil de 1916 debe ser abandonado en el honor de los principios constitucionales. Interpretar la propiedad utilizando la noción de que el patrimonio es agente secundario en el Derecho vivo es mucho más que una exigencia constitucional, más que eso, es una necesidad urgente.*

PALAVRAS-CHAVE: *Posse. Propriedade. Novo Código Civil. Função social. Hermenêutica constitucional.*

KEY-WORDS: *Possession. Propriety. New Civil Code. Social function. Constitutional Hermeneutic.*

PALABRAS-LLAVE: *Posesión. Propiedad. Nuevo Código Civil. Función social. Hermenéutica Constitucional.*

1. Principais modificações introduzidas pelo novo código civil

1.1 Posse

Ao analisarmos o Código Civil de 2002, verificamos de plano a modificação de localização dos temas em relação ao Código de 1916. Neste último, o livro das coisas fica logo após o direito de família, compondo o livro II da parte especial. (entre os artigos 485 a 862)

No Código de 2002, verificamos que a nova sistemática levou o livro das coisas para o livro III da parte especial, logo após o livro que trata do direito de empresa. (entre os artigos 1.196 a 1.510) Esta nova sistematização organizou o Código de maneira a tratarmos o conteúdo de uma forma seqüencialmente lógica, visto a disposição das matérias.

As mudanças a serem introduzidas em nosso cotidiano, não se resumem a meras alterações numéricas ou alterações topográficas das disposições. Os princípios utilizados como norteadores para a concepção de uma nova codificação se contrapõe e muito aos princípios utilizados no Código de 1916, que serviram enormemente a sociedade da época, mas que necessitava ser substituída. No antigo Código, devido aos anseios da classe que detinha a cultura, a visão do sistema foi essencialmente

patrimonialista e patriarcal, sendo que a coletividade resumia-se aos que tinham sua vida regulada pela lei Civil.

Com as novas diretrizes inseridas principalmente pelo insigne Miguel Reale, o Código Civil de 2002 possui uma visão mais humanista, ainda que necessita de certa lapidação, mas sem precedentes tomando o Código de 1916 como paradigma.

Para a configuração do instituto posse, é estritamente necessária a presença de dois fatores. O *corpus* e o *animus*. Em que pese o brilhantismo de sua obra, a concepção do elemento *animus* para Savigny não é a que melhor se enquadrava dentre as hipóteses do cotidiano.

Devido à enorme velocidade que a sociedade imprime em sua evolução, o Direito sempre vem tentado regular e regulamentar os chamados “novos Direitos”.

Desta evolução, surgiram casos em que a teoria de Savigny não poderia ser aplicada, visto que, para ele, o *animus* consistia na real intenção de ter a coisa como sua, de ser realmente o dono da coisa¹.

Tal teoria vigorou durante certo tempo, mesmo diante das diversas críticas que sofria, e bem serviu a sociedade até então.

Em um contraponto, surge então Ihering com sua nova concepção sobre posse. Dizia que o *animus* seria tão somente a intenção de agir como dono da coisa, sendo que, desprezava a intenção de propriedade, e fixava-se na aparência de domínio.

Esta aparência veio a resolver diversos problemas que foram criados pela adoção da teoria de Savigny, como no caso da locação, onde o locatário não tem a intenção de adquirir o patrimônio, mas age de forma a conservá-lo e até mesmo em recuperá-lo em caso de esbulho, sendo parte legítima para agir, utilizando-se das ações possessórias², caso em que a teoria de Savigny não reconhecia a posse, justamente por lhe faltar o elemento *animus*.

Então, definimos posse como sendo uma situação de fato onde uma pessoa exerce sobre a coisa, poderes ostensivos, protegendo-a e conservando-a como se dono fosse.

¹ Como bem resume San Tiago Dantas, “Depois de fazer uma demorada investigação dos textos, Savigny chegou à conclusão de que o conceito romano de posse reunia necessariamente dois elementos: um, a detenção material da coisa, o elemento físico do instituto e que é comum à posse e à detenção; Savigny chamou-o de *corpus*. Outro, o elemento subjetivo, voluntário, para o qual o mesmo romanista reservou o nome de *animus*. Que é o *animus*? -É a intenção de ter a coisa para si; é a vontade de ter o comportamento de dono”.

² As diferenças entre as teorias de Savigny e Ihering são salientadas por inúmeros doutrinadores. Em Darcy Arruda Miranda, podemos salientar que “Contrapondo-se a teoria subjetiva de Savigny, que dicotomizava a posse em *corpus* e *animus*, Ihering em sua obra *La possession*, estabelecendo um paralelismo entre a propriedade e a posse, salientava: A proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilitação da prova em favor do proprietário, a qual aproveita, necessariamente, também, ao não-proprietário”.

Vale destacar também a noção de aproveitamento econômico da coisa, sendo que a fruição é um dos poderes inerentes ao instituto. Então, possuidor é aquele que voluntariamente exerce poderes como utilização, gozo e disposição de bem material, em nome próprio e que a lei assim o permita ou não proíba.

O texto do Código de 2002, no Título reservado à posse, guarda grandes semelhanças com o texto do Código de 1916. As modificações, em sua maioria, fora cunhadas para a aproximação com a melhor doutrina, atendendo a nova concepção de que a posse não é um Direito, mas sim um fato relevante ao mundo jurídico. Podemos justificar tais alegações, verificando que a parte final do art. 490 do Código de 1916 foi excluída, ficando a redação do art. 1.201:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Além da supressão desta parte do art. 490 do Código de 1916, a extinção do constituto possessório como meio de aquisição da posse, onde tal figura jurídica não mais existirá a partir do final da *vacatio legis*.

O mesmo ocorre com os art. 506 e 507, onde as ações possessórias foram retiradas do texto do novo código, para serem reguladas exclusivamente no Código de Processo Civil, sendo que ao proceder desta forma, o legislador uniformizou o procedimento, que anteriormente era regulado tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil. Normas que versavam sobre o mesmo objeto, mas de forma antagônica.

Outro ponto a ser considerado é que no código de 2002, a redação dos artigos é mais simples e objetiva, sendo que a redução do número de artigos pertinentes à matéria não suprimiu os principais direitos inerentes ao instituto, pelo contrário, ampliou o alcance da norma, atendendo à melhor doutrina e a adoção das cláusulas gerais como modelo³.

Mas, vemos com certa preocupação o fato das alterações principiológicas não serem tão profundas quanto deveriam. Em que pese os princípios norteadores serem de grande valia, a essência do instituto não foi alterada substancialmente.

³ Adotando os conceitos trazidos por Judith Marins-Costa, a técnica de elaboração de nosso código privilegiou as chamadas cláusulas gerais, pois, o modelo de código em nosso tempo não tem mais por paradigma a estrutura fechada como queriam os oitocentistas. Um código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, e justamente as cláusulas gerais proporcionam tais aberturas, vinculadas dialeticamente a regras constitucionais. A principal das inúmeras características das cláusulas gerais, é que empregam conceitos cujos termos tem significado intencionalmente abertos e vagos, “conceitos jurídicos indeterminados”, permitindo assim a incorporação de princípios e diretrizes originalmente externos ao código. Tendo em vista tais vantagens das cláusulas, deve-se rejeitar o conceito de norma fechada e pretensamente pré-acabada, pois, a sociedade evolui e cria novas situações jurídicas com velocidade imensa e o Direito deve possuir ferramentas flexíveis como tais, para poder tutelar e regular estas novas situações, bem como o trânsito de conceitos e valores entre Código e Constituição

A visão da posse no novo código continua sendo patrimonialista com alguns nuances de humanista. Isso contraria um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição de 1988.

Contraria justamente o previsto no Art. 1^a, III, que estabelece como um dos fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

E contraria, visto que, valoriza o cunho patrimonial do instituto em detrimento da dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que o Direito foi feito para servir o homem em todas as suas necessidades⁴.

Portanto, de suma importância é a alteração principiológica do instituto posse, visto que da forma como exposta se faz inconstitucional.

1.2. Propriedade

Quando da concepção do código Civil de 1916, a sociedade da época exigia uma legislação que protegesse os interesses da coletividade. O conceito de coletividade da época consistia na delimitação de um grupo de classes sociais que dirigiam o país.

Com o ponto de vista do século passado, o legislador determinou o que lhe foi solicitado, ou seja, produziu um conjunto de norma que tinha suas bases filosóficas calcadas essencialmente em uma sociedade patriarcal e principalmente patrimonialista.

Cumprir pontuar novamente que a legislação Civil de 1916 cumpriu seu objetivo, regulou os institutos e proporcionou a manutenção da sociedade através da força coercitiva da norma, uniformizando procedimentos com intuito de preservação da paz social.

Serviu, não serve mais.

Quando do início do século, a propriedade era intocável. Os bens materiais conquistados pelo homem incorporavam-se ao seu patrimônio de forma a não mais sair, senão por vontade deste, e dizia-se que o bem poderia ser utilizado da forma que o proprietário / possuidor bem entendesse, ou seja, o fim da propriedade era de arbítrio exclusivo do proprietário. A propriedade era absoluta.

⁴ Em atenção às lições de Luiz Edson Fachin, em especial as constantes do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, onde cita Pietro Perlingieri, "...propõe aí Perlingieri a funcionalização das situações subjetivas patrimoniais às existenciais. De um lado, é a confirmação de que se trata de realidades distintas: o patrimônio, definitivamente, não integra a personalidade. De outro, é proposta que visa a inversão do foco de interesse do direito: o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa. E, também, nessa direção, que se caminha ao se tomar o Direito privado como garantia de acesso a bens, a partir da consciência do caráter instrumental das ferramentas jurídicas".

Com o advento da Constituição de 1988, esta noção de livre arbítrio foi suprimida, tendo em vista o art. 5^a inc. XXIII, o art. 182 §2^a, o art. 184 e o art. 186, que estabelecem que toda a propriedade, tanto rural quanto urbana deverá atender um fim determinado ‘social’.

No art. 5^a, verificamos o comando geral, no art. 182 §2^a o fim social da propriedade urbana, no art. 184, para o fim social da propriedade rural, e por fim no art. 186, a própria Constituição estabelece qual é o fim social da propriedade rural.

Mas tal noção de direito absoluto não foi concebida há pouco tempo, não é uma criação contemporânea. A utilização da propriedade para o alcance do bem comum já era anunciada no século passado por diversos pensadores da época, em destaque São Tomás de Aquino, que na idade média já pregava tal fim.

O reconhecimento da utilização do bem para o fim comum, não se contrapõe à noção de propriedade privada. A utilização racional e a utilização individual não são opostos, mas paralelos, que, observado o princípio da proporcionalidade⁵, podem seguir juntos.

Podemos ainda considerar que a inclusão de novos conceitos para o usucapião, tanto de bens móveis, quanto imóveis, surge como oásis em um deserto de normas patrimonialistas. O conceito de posse-trabalho⁶ foi eleito para dirigir o instituto como um todo, no que se refere ao Código de 2002. Assim, nas hipóteses onde o possuidor der destino econômico ou de moradia habitual, realizando obras de aproveitamento econômico, atendendo assim a teoria da posse de Ihering, o prazo será reduzido, conferindo assim, a aquisição da propriedade. Desta forma, o legislador está claramente privilegiando a destinação econômico-social da propriedade em detrimento da mera especulação imobiliária e até mesmo a desídia do proprietário.

Ainda encontramos no art. 1228⁷, em seu parágrafo 4^a uma forma híbrida. Não texto não há que se falar em usucapião clássico, e muito menos em desapropriação pura.

⁵ Quem melhor definiu o dito princípio foi Konrad Hesse, em seu *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, onde destaca que “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem as colisões (sic) não deve, em ponderação de bens precipitada ou até ponderação de valor abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. Proporcionalidade expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor que aquela tarefa de otimização...”.

⁶ Conceito primeiramente trazido pelo Estatuto da Terra como posse pró-labore, onde as primeiras linhas sobre este entendimento atenderam aos anseios sociais e lides geradas pelo problema.

⁷ “Art. 1228: O proprietário de a facultade de usar, gozar e dispor da propriedade, e o direito de reavê-la de quem quer que a injustamente possua ou detenha.

Omissis...

§ 4^a. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

A forma de privação da propriedade prevista no dispositivo é, como dito, uma forma mista entre usucapião e desapropriação, pois presentes os pressupostos dos dois institutos.

Destaque-se o silêncio do legislador quanto à pessoa que deve pagar a indenização. Como o instituto é relativamente novo, poderia o Código já prever o sujeito passivo da obrigação de indenizar, bem como as limitações e formas de pagamento, orientações suprimidas pelo texto legal, utilizando-se de uma cláusula genérica e deixando exclusivamente ao arbítrio do juiz a interpretação do dispositivo.

1.3. Os princípios norteadores do novo Código

É este o norte estabelecido pelo insigne Miguel Reale, visto que ao coordenar os trabalhos estabeleceu quatro princípios básicos, quais sejam o da socialidade, o da eticidade, o da operabilidade e o da concretude.

Ligados umbilicalmente ao fim social da propriedade estão estes princípios, sendo que o chamado fim social tem abrangência muito mais ampla que a noção estabelecida, visto que no art. 186 da CFR⁸, estão elencados os requisitos de cumprimento da função social.

Estes requisitos vão muito além da mera produtividade da área, sendo que para o cumprimento do exigido na constituição, a propriedade deve além de produzir, respeitar o meio ambiente e as relações de trabalho, bem como a promoção do bem estar do proprietário e dos trabalhadores.

Quando falamos nos princípios, os que mais se sedimentam na nova teoria da posse são os princípios da operabilidade e o da concretude, pois, as novas disposições trazem além de inovação na redação dos artigos, poderes ao magistrado e possibilidades às partes no sentido de realizarem o Direito na melhor forma.

Os demais princípios estão intrínsecos na principiologia dos institutos possessórios, mas em pequena proporção, sendo que poderiam ter sido utilizados com mais ênfase na busca da realização do ser humano enquanto titular de Direitos. Na forma posta, parece que é o homem quem depende do Direito, sendo que é o Direito quem deve servir ao homem⁹.

⁸ Art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁹ Tais princípios são elencados pelo próprio prof. Reale, em diversos artigos publicados em periódicos e especialmente em sites especializados da internet, em especial no site www.jus.com.br, acessado em 20/02/2002.

2. Adequação dos conceitos

A discussão da adoção de uma das muitas teorias sobre posse e propriedade já não causa grandes debates pela aceitação praticamente unânime da teoria de Ihering, em sendo posse a aparência do domínio.

Seria prudente a verificação e utilização em conjunto da teoria formulada pelo brilhante Immanuel Kant, em que figura essencialmente a utilização econômica da coisa e também o fato de que a relação jurídica que se estabelece é entre pessoas, sendo que a coletividade é sujeito passivo, como o próprio conceito de *erga omnes*.

Investigando o art. 1225 do Código de 2002, percebemos a presença do direito de superfície e do direito do promitente comprador do imóvel como institutos de direito real.

O direito de superfície volta à codificação depois de algum tempo, e mantém suas características, como a natureza jurídica que é a de direito real autônomo.

Trata-se da autorização do proprietário para que o superficiário construa ou plante em sua propriedade, mediante contrato escrito e registrado em cartório, onde se compromete a conservar o bem e ficar responsável pelos encargos tributários do mesmo.

O uso da superfície não autoriza a utilização do subsolo, exceto quando for da natureza do bem, atendendo ao princípio constitucional onde fica estabelecido que a utilização dos recursos minerais bem como do subsolo pertencem à união.(art. 20 CRF)

Outro tópico de importância reside no fato de que a utilização da superfície deve ser por tempo determinado, transmitindo-se aos herdeiros do superficiário, podendo este inclusive alienar o direito, sendo que fica extinto o contrato caso este dê destinação diversa da estipulada no instrumento constitutivo.

Quanto aos direitos do promitente comprador, a inovação do novo código fica por conta da positivação de prática já antiga no meio imobiliário.

Como ocorre na grande maioria das legislações, o direito acompanha a sociedade. A coletividade cria uma situação, e a seguir, o direito regulamenta tais acontecimentos que se constituem em fatos jurídicos.

Esta regulamentação veio para legalizar diversas situações dos chamados contratos de gaveta, onde o promitente comprador não possuía segurança na efetivação de seu direito.

Em que pesem as exigências dos art. 1.417 e 1418 do Código Civil de 2002, tal regramento é de suma importância, pois, a maioria dos casos refere-se aos contratos de financiamento imobiliário da Caixa Econômica Federal, e do outro lado estão pessoas de baixa ou média renda que dependem da regulamentação de seus contratos, e tal prática consiste, na melhor forma de realização de justiça social habitacional, ação que não estava nos planos da CEF que passou de órgão social para mero arrecadador financeiro. Verdadeiramente Instituição Financeira.

Assim, “mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel” (art. 1417 do Código de 2002), e ainda o direito de seqüela previsto no art. 1418.

2.1. Aplicabilidade dos institutos frente o anseio social

O direito vigente não garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica. De outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento, inclusive por respeito à lei. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para cumprir sua função, a ordem jurídica tem que satisfazer simultaneamente as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas e racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.

Deve se garantir simultaneamente segurança jurídica e correção. A hermenêutica jurídica contrapõe o modelo convencional, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação.

Propõe um modelo processual de interpretação que tem início numa compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo horizontes para os posteriores relacionamentos.

Tem posição própria na teoria do direito, pois resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição.

A alternativa do realismo não oferece uma base convincente para validade de decisões jurídicas em meio a uma sociedade pluralista. As teorias jurídicas realistas não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da compreensão que comanda o processo de interpretação.

Na visão do realismo, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política e lançando mão de características estruturais. Não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas.

O direito passa a valer como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, fiz políticos fundamentados de acordo com o bem-estar econômico e principalmente pessoal.

Os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito.

Ao contrário, o positivismo jurídico pretende fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário dos hermeneutas, os positivistas sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos.

Assim, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos.

Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio, através de preferências não fundamentáveis e juridicamente às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.

A moral, como medida para o direito correto, é fundada na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. O conteúdo moral de direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito explica-se pelo fato de que os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral se cruzam.

Para Dworkin, a interpretação do princípio hermenêutico dá-se inicialmente há uma neutralidade, sistema jurídico autônomo e fechado,

e por fim a interpretação construtiva. Neste modelo temos um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração.

Em conclusão para Dworkin, devido a esta interpretação construtiva, cada juiz, em princípio, poderia chegar, em cada caso, há uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta indeterminação do direito, apoiando sua fundamentação na teoria onde o juiz deve e reconstruir racionalmente a ordem jurídica respeitando a hierarquia entre princípios e normas, levando os direitos à sério e tratando as partes com dignidade.¹⁰

3. Conclusão

Direito deve antes de tudo buscar um novo despertar no que se refere ao sujeito *in concreto*, que deve ser visto não mais como um ser privado e sim como um corpo social pensante e que tem necessidades e aspirações os quais devem ser respeitados¹¹.

A partir nesta nova visão de coletivo, há que existir comunicação tanto dos demais ramos do Direito como também comunicação entre os demais ramos da ciência como a história à antropologia e sociologia.

Em um segundo momento seria pertinente a colaboração da psicanalítica para que se buscasse o objetivo de todo este sistema de premissas.

Longe da idéia de esgotar as possibilidades, pretensão de estabelecer todas as saídas jurídicas para as lides da nova sociedade, o sistema Privado deve ser poroso, despido de formalidades e com suas bases fixadas no que chamamos de cláusulas gerais, pois, devido á natureza das mesmas são flexíveis e permitem uma abrangência maior, tentando adaptar-se ao fato concreto¹².

¹⁰ Noções construídas ao longo de um conjunto de obras de Ronald Dworkin. Na primeira, Levando os Direitos a sério, sem tradução para o português, o Autor traça as primeiras linhas críticas ao positivismo americano, sempre comentando as decisões da Suprema Corte dos E.U.A.. Após, no *Império do Direito* (Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999), sedimenta a posição crítica e inova com a determinação mais detalhada do que chama de Juiz Hércules, cuja tarefa sobre-humana de desmontar e montar novamente o sistema jurídico a cada caso, tornaria as decisões judiciais mais adequadas aos princípios da verdadeira realização da justiça.

Nesta teia, Jürgen Habermas, (*Entre faticidade e validade*) possibilita a compreensão da chamada "colcha de retalhos" que compõe o sistema jurídico, alertando para a necessidade de utilização de normas mais adequadas aos momentos de sua aplicação, sendo relevante e indispensável a utilização do pressuposto de que o direito foi concebido para facilitar ou promover a vida do homem.

¹¹ Valores tais expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tratado internacional o qual o Brasil é signatário, estando sujeito inclusive á fiscalização internacional no que diz respeito á observação das normas contidas nesta declaração, inclusive com aplicação imediata e para a Prof. Flávia Piovesan, com *status* de norma constitucional.

¹² FACHIN, L. E.. *Teoria crítica do direito civil*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2000.

Vencer a dicotomia público-privado e escapar a aprisionamentos fundamentais para aprender a não fechar as relações dentro de conceitos. Não é apenas reconhecer que o clássico se distancia do prático e atual problema do ordenamento enclausurado em sistematização, pretensão neutralidade e destinadas a um ser impessoal, o ser *in abstracto*.

Há que se revitalizar e repensar através de afazeres epistemológicos, um Direito Civil calcado na boa-fé, na dignidade e na coletividade, um repensar que tem como destinatário aquele ser *in concreto*¹³.

Sobretudo, interpretar os institutos da posse e da propriedade, de uma forma a respeitar os valores da pessoa, respeitando além destes, o meio ambiente e o patrimônio moral e cultural de forma ampla, porosa e plural, valorizando a posse-trabalho e o aproveitamento econômico e racional dos bens .

4. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, F. *Direito civil. 4ª edição*. Ed. Renovar. São Paulo. 2002.
- BESSONE, D. *Direitos Reais*. Ed. Saraiva. São Paulo. 1996.
- BITTAR, C. A. *Direitos Reais*. 1.ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- CARNELUTTI, F. *Teoria geral do Direito*. Lejus. São Paulo. 2000.
- COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1981.
- . *Teoria crítica do direito*. 2ª. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1991.
- DANTAS, F. C. S. T. *Programa de direito civil III 2ª. Edição. Direito das coisas. Rev. do texto e anotações de José Gomes Câmara*. Atualização de Laerson Mauro. Editora Rio. Rio de Janeiro. 1984.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1999.
- FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito civil*. Ed. Renovar. São Paulo. 2000.
- . *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Ed. Renovar. São Paulo. 2001.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Vol I. trad. Flavio Beno Siebeneichler. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 1997

¹³ Linhas muito bem traçadas pelo prof. Luiz Edson Fachin, que arremata: "Relevantes, portanto, as tentativas de, invertendo o *locus* das preocupações do Direito, centrá-las na pessoa concreta, abandonando a postura patrimonialista vigente. Tal concretude supõe a vida social e suas respectivas necessidades, não apenas o indivíduo isoladamente considerado, sem embargo da proteção ineliminável da subjetividade.

- HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. Luis Afonso Heck. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1998.
- FERRACINI, L. A. *Das questões possessórias: teoria, prática, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Juplex, 1997.
- GATTI, E. *Teoría General de los Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- GIL, A. H. *La Posesión - Como Institución Jurídica y Social*. Madrid, 1987.
- LARENZ, K. *A integração de lacunas da lei*. In: "Metodologia da Ciência do Direito". Lisboa, 1969.
- LOPES, M. M. de S. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*. 5.º edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994
- MIRANDA, D. A. *Anotações ao código civil brasileiro 2ª vol*. Ed. Saraiva. São Paulo. 1981.
- PAULA, J. L. M. de. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Ed. De Direito. São Paulo. 1999.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil vol. IV 15ª. edição*. Ed. Forense. Rio de Janeiro 1994
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REALE, M. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____ *Visão geral do novo código civil*. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 05.03.2002.
- RUGGIERO, R. trad. da 6ª. ed. italiana Paolo Capitanio. *Instituições de direito civil*. Ed. Bookseller. Campinas. 1999.
- TEPEDINO, G. J. M. *Problemas de Direito civil-constitucional*. Renovar. São Paulo. 2000.
- _____ *Temas de Direito civil*. Ed. Renovar. São Paulo. 2001.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico*. Ed. Alfa-omega. São Paulo. 1995.