

POSITIVISMO E LEITURA HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DA POSSE PELOS JURISTAS

POSITIVISMO Y LECTURA HISTORICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN POR LOS JURISTAS

*Francisco Cardozo Oliveira**

Mauricio Galeb **

Sumário: Introdução. 1. Teoria positivista: historiadores e juristas. 2 Positivismo jurídico: o legado para os juristas. 3. Positivismo e visão histórica do direito de propriedade e da posse. Considerações finais. Referencias bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar as bases da historiografia positivista no século XIX para o efeito de demonstrar a superação da chamada “História Tradicional”, operada pela revolução historiográfica da escola dos “Annales”, já no século XX e compreender o alcance que a cultura positivista exerceu sobre mundo dos juristas. Parte-se da premissa de que mentalidade positivista arraigada na cultura dos juristas brasileiros conduz a uma leitura linear da história que não leva em conta o conflito de interesses materializado da realidade social. Procura-se demonstrar que os equívocos na compreensão da história não percebidos podem levar juristas a fazer análise distorcida de institutos do direito de propriedade e da posse, o que, no caso do Brasil, pode resultar em graves injustiças.

Palavras-chave: historia, positivismo, direito de propriedade e posse

RESUMEN

Este artículo busca analizar los bases de la historiografía positivista en el siglo XIX para demostrar el efecto de la superación de la llamada "historia tradicional", operado por la revolución de la escuela de historiografía de los "Annales", en el siglo XX y comprender el alcance que la cultura positivista tuvo en el mundo de los juristas. Se parte de la premisa de que la mentalidad positivista arraigado en la cultura de los juristas brasileños lleva a una lectura lineal de la historia que ignora el conflicto de intereses que se materializan en la realidad social. Se trata de demostrar que los errores desapercibidos en la comprensión de la historia puede llevar los juristas a hacer análisis distorsionado de los institutos de la propiedad y posesión, que en el caso de Brasil puede resultar en una grave injusticia.

Palabras-clave: historia, positivismo, derecho de propiedad, posesión.

* Doutor em direito pela UFPR, professor de fundamentos do direito e de direito civil no mestrado e na graduação em direito do UNICURITIBA, e de direito civil na Escola da Magistratura do Paraná, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. e-mail xikocardozo@msn.com.

** Mestrando em direito pelo UNICURITIBA, Professor de História do Direito e advogado em Curitiba. E-mail duarteegaleb.galeb9@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O artigo procura estabelecer uma relação entre a mentalidade histórica dos juristas e a tutela do direito de propriedade e da posse, em especial na realidade socioeconômica brasileira.

Em termos de historiografia a premissa de análise é a de que a cultura dos juristas não superou a concepção positivista da história, na direção de assimilar o sentido de pluralidade do tempo histórico pressuposta pela escola dos “Annales”. A consequência dessa situação seria a de que os operadores do direito, em termos de tutela do direito de propriedade e da posse, em que pese os fundamentos da Constituição de 1988, continuam a vê-las em perspectiva individualista e abstrata, o que evidentemente conduz a agravar a situação dos despossuídos e, de certo modo, manter intocada a estrutura social de desigualdades no Brasil.

A análise observa um método dialético e crítico e termina reconhecendo a necessidade de superação da mentalidade historiográfica positivista, mas sem descuidar dos perigos da chamada nova história de enfatizar em excesso a narrativa em prejuízo da explicação, no sentido de que, conforme advertem Fernando Antonio Novaes e Roberto Forastieri da Silva¹, o descarte de velhas concepções exige formular novos conceitos, no contexto da realidade material da estrutura socioeconômica.

1. TEORIA POSITIVISTA: HISTORIADORES E JURISTAS

Em termos gerais, a teoria positivista e a própria noção de positivismo só podem ser pensadas a partir do contexto histórico da Revolução Francesa. A primeira e a maior revolução política da História moderna é certamente o nascedouro de muitas das ideias que fundamentam a teoria em questão. É o cientista político Michael Löwy que afirma

¹ NOVAIS, Fernando Antonio, SILVA, Rogerio Forastieri, Nova história em perspectiva, São Paulo, Cosac Naify, 2011.

textualmente que “o positivismo moderno nasceu como um legítimo descendente da filosofia do Iluminismo.”²

Como o próprio historiador inglês Eric Hobsbawm observou o movimento revolucionário francês nada tinha de democrático ou igualitário. Como bem destacou Hobsbawm, o burguês revolucionário do período é um devoto do constitucionalismo, a favor de um Estado secular e de garantias para a livre empresa e os proprietários.

Mesmo assim, reconheça-se que no plano das ideias, o ano de 1789, embalado pelo ideário iluminista, passou a preconizar que a razão é a única ferramenta disponível que o homem possui para determinar o seu próprio destino, independentemente de qualquer “autoridade” externa. Assim, no plano individual, a razão – supostamente acessível a todos – possibilita a realização e o progresso humanos. Por outro lado, e em outra esfera, politicamente, somente a razão se constitui no guia confiável do homem para organizar a sociedade e o governo (Estado). Em outros termos, no plano político somente a razão seria capaz de destruir os governos despóticos e as tiranias. Consequentemente, a razão seria o instrumento para derrotar a monarquia absolutista e propor a supressão dos privilégios por nascerça das ordens superiores do Antigo Regime (nobreza/clero).

O exemplo mais eloquente desta arraigada influência entre a Revolução Francesa e a fundação de muitas das premissas que vão embasar a teoria positivista do século XIX é o pensamento do último representante do Iluminismo, Marquês de Condorcet, matemático e filósofo, que desde muito cedo aderiu ao movimento revolucionário.

A partir dos escritos de Condorcet temos uma visão idealizada de progresso, que é inexorável. Em outros termos, o conhecimento humano racional impulsionará a marcha da História, em uma superação de etapas. A concepção de História de Condorcet – que influenciará muito os positivistas – passa pela seguinte premissa: “a superioridade do presente em relação ao passado.” Assim, em termos quase matemáticos, para Condorcet, o futuro poderia ser determinado, sempre sob a ótica de um progresso que é inevitável no curso da História dos homens.

Outra ideia defendida por Condorcet que fará uma ponte com o pensamento positivista comtiano é a que afirma a relação entre as leis gerais da natureza que podem e devem reger o estudo dos fatos sociais. Em outros termos, as ciências físicas deveriam modelar as ciências

² LOWY, Michael, As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen, in Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento, Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Lewym 8.^a ed., São Paulo, Editora Cortez, 2003.

da sociedade, de forma a obter-se uma neutralidade na produção do conhecimento. Michael Löwy desnuda a contradição do pensamento de Condorcet para quem os fisiocratas, Adam Smith e os enciclopedistas teriam forjado uma ciência racional desvinculada de qualquer interesse classista, portanto, neutra. Na realidade, para Michael Löwy o conhecimento racional representado por Condorcet já é o reflexo da vitória contundente da burguesia sobre as demais classes sociais.³

Mas é Augusto Comte, fortemente influenciado pela visão de progresso infinito, pelo otimismo e crença na razão e pela ligação inevitável entre as leis da natureza e a análise das leis sociais que vai adicionar um dado essencial e novo na criação da teoria positivista: uma ideologia de defesa da ordem burguesa e industrial estabelecida. Comte inaugura a ideia da necessidade premente de uma estabilidade social, em uma França abalada por processos revolucionários ininterruptos.

Sinteticamente, Comte vai elaborar a sua doutrina da “física social” que, como o próprio nome indica, pretende unir as ciências do homem às ciências da natureza, em uma homogeneização epistemológica. A estabilidade social pretendida decorre exatamente deste ponto, ou seja, a invariabilidade das leis da natureza asseguraria, no campo econômico e social, a concentração do capital e a supremacia patronal e industrial. Desta forma, as relações sociais entre capital e trabalho são naturalizadas, a partir de um princípio neutro e racional, leia-se, objetivo.

Michel Löwy chama atenção para o fato de que a preocupação da teoria positivista comtiana é a manutenção da ordem pública, a partir de uma inflexível resignação dos trabalhadores, afinal, como no mundo natural, também no mundo dos homens devem prevalecer relações harmônicas. Löwy afirma, sem profetizar:

a semente do positivismo comtiano, sua pesquisa metodológica, estava destinada a tornar-se – de maneira direta ou indireta, aberta ou encoberta, substancial ou diluída, total ou parcial, reconhecida ou não – um dos pilares da ciência universitária (ou institucional) moderna até hoje.⁴

.

³ LOWY, Michael, As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen, in *Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*, Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Lewym 8.^a ed., São Paulo, Editora Cortez, 2003.

⁴ LOWY, Michael, As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen, in *Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*, Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Lewym 8.^a ed., São Paulo, Editora Cortez, 2003.

A partir daí, a poderosa influência da teoria positivista, nos limites deste trabalho, abre-se em duas vertentes, a saber: o positivismo histórico e o positivismo jurídico.

Assim, a ambiência da teoria positivista é a Europa Ocidental do século XIX, pós-revolucionária e imersa na Revolução Industrial, a revolução das técnicas. O otimismo desta teoria, inclusive no que toca aos historiadores, decorre de uma crença desmedida na razão, na capacidade de conhecer, de inventar, e de fazer uma ciência “pura”.

O berço do positivismo histórico é a Alemanha e Leopold von Ranke é considerado, à unanimidade, o fundador, o maior expoente daquilo que ficou celebrenemente consagrado como “história tradicional” ou “positivismo histórico”, como bem observou Ricardo Marcelo Fonseca⁵. Ranke, na realidade, foi o primeiro historiador a fazer uso dos pressupostos teóricos do Positivismo e aplica-los ao estudo da História.

Ranke, portanto, pretende alçar o conhecimento histórico à condição de Ciência Histórica, dentro dos cânones positivistas, senão vejamos: a) fortemente influenciado pelo “Romantismo Alemão”, Ranke assimilou o conceito de “Volkgeist”, o que faz surgir “personagens notáveis na História”, ou seja, existiria um seleto grupo de personalidades que incorporariam o “espírito do povo” em momentos cruciais da História. Estes seriam os verdadeiros protagonistas do processo histórico, em uma perspectiva claramente individual, a partir da ação histórica destas elites; b) a história rankeana é uma história essencialmente factual, ou seja, ela se ocupa dos fatos chamados “relevantes”, sem qualquer interpretação ou análise crítica do contexto que os produziu. Em geral, é uma história essencialmente política e militar; c) o historiador tradicional se ocupa exclusivamente de fontes históricas “confiáveis”, que tenham credibilidade, ou seja, a conhecimento histórico científico é extraído de documentos escritos que tenham um caráter oficial (documentos com origem no Estado); d) a história positivista é meramente narrativa, sem interpretação, portanto, neutra, objetiva, imparcial. De outra forma, o historiador não julga o passado, afastando, assim, qualquer traço de subjetividade.

A pretensão do historiador positivista é, por intermédio do método das Ciências Naturais, reconstruir uma **verdade histórica singular** sobre o passado. A pretensão do historiador positivista é tornar possível a reprodução de modo fiel dos eventos históricos, tal qual aconteceram, da forma mais objetiva e precisa possível.

⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo, Introdução teórica à história do direito, 1.^a ed., Curitiba, Editora Juruá, 2009.

Cumpra ainda observar que o positivismo histórico, enquanto conhecimento científico, deve estar fundamentado no princípio da “neutralidade axiológica”, sob pena de inserir elementos subjetivos na pesquisa histórica, retirando-lhe, neste caso, seu aspecto “científico”.

Obviamente, na tradição que vem desde o Marquês de Condorcet, o positivismo histórico apresenta uma visão extremamente evolucionista, uma fé inabalável no progresso e um elemento de acentuada linearidade do tempo histórico, seja em relação aos conceitos, aos significados e às ideias.

A escola dos *Annales* vai romper teórica e metodologicamente com a longa tradição da historiografia positivista, subvertendo por completo os seus vetustos pressupostos. Este movimento revolucionário da historiografia, como alertou Peter Burke, se deu a partir da universidade na França (inicialmente em Estrasburgo), mais especificamente em 1928, quando uma revista acadêmica é fundada por dois jovens historiadores: Lucien Febvre e Marc Bloch.⁶ Esta publicação periódica de Ciências, Letras ou Artes, chamada “Anais de História Econômica e Social”, e deu origem ao próprio nome da Escola (*Annales*); o primeiro número da revista circulou em 1929.

Os sublevados historiadores franceses consideraram as premissas teóricas da história *rankeana* totalmente ingênuos e irrealistas. As críticas mais contundentes residem no campo dos pressupostos epistemológicos e sociológicos. Os novos historiadores franceses se opuseram tenazmente à ideia de que há uma equiparação entre as leis naturais e as leis sociais, sendo aquelas paradigmas para a compreensão destas. Ademais, para os fundadores do movimento dos *Annales*, a produção do conhecimento nas Ciências Humanas, jamais é neutra ou plenamente objetiva, já que, em maior ou menor grau, consciente ou inconscientemente, sempre haverá alguma interferência subjetiva do historiador.

É sumamente importante frisar este ponto na teoria dos *Annales*: não há como se chegar a uma **VERDADE**, pois tal conceito inexiste no plano da ação humana. Definitivamente, não há objetividade absoluta, nem imparcialidade total. O historiador em relação ao objeto, o analisa a partir de sua experiência pessoal.

Por outro lado, o historiador inglês Peter Burke, especialista na escola historiográfica francesa, arrolou algumas das principais rupturas com a história tradicional: a) o conceito de “História-problema”, entenda-se, uma História que compreenda e problematize o objeto de estudo, o que significa a interpretação e análise crítica do passado. Pretende-se superar a mera

⁶ FEBVRE, Lucien; BLOCH, Marc, A Revolução Francesa da historiografia: a Escola dos Annales, 1929-1989, Trad. Nilo Odália, São Paulo, Editora Universidade Paulista, 1991.

narrativa dos acontecimentos históricos; b) “História total”, o que significa uma “explosão temática”, que é a fragmentação do objeto do historiador que pode ser refletido na frase “*tudo pode ser historicizado porque tem um passado que pode ser reconstruído*”.⁷ Com isto, os historiadores dos *Annales* queriam romper a barreira positivista de uma história estritamente política e militar; c) “História Interdisciplinar”, ao contrário da historiografia positivista – infensa à ingerência de outras ciências – os historiadores franceses sofreram influências de outras disciplinas e exigiam a colaboração destas, tais como sociologia, geografia, antropologia, psicologia, economia, linguística, etc. Há uma frase lapidar do historiador Lucien Febvre que sintetiza esta nova tendência - “*Historiadores sejam geógrafos, sejam juristas também, e sociólogos, e psicólogos*”.

Seguindo as pistas do historiador Peter Burke, Ricardo Marcelo Fonseca propõe uma divisão cronológica e didática da escola dos *Annales*, de forma a destacar alguns historiadores e seus temas (objetos) de investigação. A razão de traçar o histórico do movimento é demonstrar a pluralidade, a variedade, o lado absolutamente heterodoxo da escola dos *Annales*, e que, por este motivo, não é passível de qualquer espécie de rotulação. Peter Burke, “divide” a história dos *Annales* em três fases, ou gerações, que, de alguma maneira se entrelaçam, já que, apesar da heterogeneidade, possuem muitos pontos em comum.⁸

A primeira fase se estende da data de fundação da revista (1929) até 1945, tendo como expoentes os fundadores do movimento: Marc Bloch e Lucien Febvre. É uma época de pioneirismo e conquista de espaço, já que havia ainda uma forte hegemonia do Positivismo dentro da Universidade.

Neste período, já é possível perceber claramente a sofisticação teórica e a profunda criatividade que rompeu com o imobilismo do modelo de História *rankeano*. Marc Bloch, em sua obra “*Os Reis Taumaturgos*” tem como objeto de especulação a dimensão mágica dos monarcas medievais, mediante a cura de determinadas enfermidades pelo “toque real”. Assim, o milagre operado tem uma implicação política, pois significa para os súditos a legitimação do poder real.

⁷ FEBVRE, Lucien; BLOCH, Marc, A Revolução Francesa da historiografia: a Escola dos *Annales*, 1929-1989, Trad. Nilo Odália, São Paulo, Editora Universidade Paulista, 1991.

⁸ FEBVRE, Lucien; BLOCH, Marc, A Revolução Francesa da historiografia: a Escola dos *Annales*, 1929-1989, Trad. Nilo Odália, São Paulo, Editora Universidade Paulista, 1991.

Já seu colega Lucien Febvre, em sua obra *“O problema da descrença no século XVI: a religião de RABELAIS”* trata do suposto ateísmo do pensador francês, atribuído pela história tradicional, em um século que a igreja controlava tudo, desde o nascimento, casamento, sexualidade, a morte, fixava o calendário, regulava o cotidiano; mediante minudente análise de variadas fontes, inclusive a linguística, ele afirma ser o ateísmo impossível dentro deste contexto. Percebe-se, claramente, que o objeto de investigação de Lucien Febvre é a problematização da crença ou da descrença, do ateísmo ou de sua impossibilidade. Mais do que isso, esta obra é uma crítica à História tradicional, pois o historiador não pode se valer de valores e conceitos da atualidade para compreender o passado recheados de valores diversos, com outros significados.

Os dois historiadores citados, em suas respectivas obras, têm como objeto uma dimensão imaterial do homem, contrariando o positivismo histórico que só se ocupava dos fatos “relevantes”. Sem sombra de dúvida, uma pesquisa história realizada a partir de um milagre ou uma crença resulta em uma temática diferenciada e inovadora.

A segunda fase, que engloba o período de 1946/1969, tem em Fernand Braudel, o mais importante historiador do século XX. Neste momento, Braudel e seus companheiros farão da Escola dos *Annales* hegemônica nos meios acadêmicos, ultrapassando, finalmente, a teoria rankeana da História.

Dentre outras contribuições superlativas, Fernand Braudel vai revolucionar o conceito de “tempo histórico”. Em uma ideia-síntese, afirmou Braudel: *“Os fatos têm sua relevância, mas são a instância menor no processo histórico”*. Ou seja, o fato não é mais a matéria prima do historiador, contrariando todas as premissas positivistas. Braudel criou então um conceito de “Níveis de Temporalidade”, que poderiam ser assim sucintamente explicados: a) **FATO** - tempo curto, o mais pobre dos níveis – tempo breve, um ponto isolado no processo histórico. É, em suma, o tempo histórico positivista; b) **CONJUNTURA** – ou tempo conjuntural, também conhecido por “tempo social”. É sempre de média duração e pode ser contado em décadas de história. É a análise de tendências históricas, algo que deve ser inferior a um século; c) **ESTRUTURA** – É a longa duração. É a História em perspectiva de séculos. São **“as permanências no processo histórico”**. Segundo Braudel, a História estrutural é quase imóvel. É um processo complexo, lento de passar e de se transformar. As mudanças estruturais são imperceptíveis justamente porque ocorrem ao longo de séculos. As estruturas determinam nosso modo de agir, de reagir, de pensar, sem nos darmos conta, porque temos em mente um tempo curto ou de média duração. Exemplos: o capitalismo. (estrutura

econômica); a Religião (estrutura mental). É importante assinalar que, neste caso, para Fernand Braudel o objeto a ser investigado são as próprias estruturas em detrimento do fato isolado.

Finalmente, a terceira fase, ou 3ª. Geração também conhecida como “NOVA HISTÓRIA”, vai de 1.970 até os dias de hoje. Este período tem como características principais a inovação e a originalidade. Ao contrário das fases anteriores, não há um comando autoral centralizado, são inúmeros historiadores produzindo conhecimento histórico ao mesmo tempo. Em função disso, assume caráter multifacetado, ou seja, múltiplas faces do fenômeno histórico passam a ser investigadas, resultando naquilo que o historiador Peter Burke chamou de “explosão temática”, ou seja, é a ampliação e diversidade de temas, de metodologia, inclusive de ideologias.

Por fim, um último conceito, aliás, muito caro aos *Annales* que é o de “Construção histórico/cultural”. Um conceito amplo que deveria ser utilizado, não só por historiadores, mas na produção do conhecimento por todas as Ciências Humanas, inclusive pelos operadores do Direito.

A História de todas as instituições, das ideias, dos valores só é possível reconstituir porque elas não são imutáveis, ao contrário da postura positivista, há uma constante mudança e transformação ao longo do tempo, logo, são analisadas a partir do tempo em que foram produzidas e do local onde surgiram (TEMPO/ESPAÇO). Assim, a loucura, a sexualidade, o medo, os sentimentos e instituições, mas também o Estado, a Lei, e o próprio Direito são construções históricas. Ou seja, não são naturais, nem sempre existiram, muito menos tiveram o mesmo significado e a mesma configuração. No futuro, todos estes e elementos podem adquirir outra faceta, outra forma, outro significado.

Para concluir, pode-se afirmar com segurança que as premissas do positivismo histórico foram amplamente suplantadas desde a primeira metade do século XX, e a Escola dos *Annales* teve um papel decisivo nesta empreitada teórica e metodológica. No campo jurídico persistiu uma resistência e, conseqüentemente, uma permanência de dogmas oriundos da teoria positivista até os dias de hoje. A “revolução historiográfica”, nas palavras de Burke, produzida entre os historiadores no meio acadêmico não foi reproduzida fora do *locus* especializado da universidade. A consequência disso é que no âmbito do “senso comum” e dentre a maioria esmagadora dos operadores do direito (magistrados, promotores, advogados, juristas em geral) ainda prevalece uma visão arcaica, no sentido tradicional da História, ou seja, uma mentalidade positivista acerca do processo histórico.

2. POSITIVISMO JURÍDICO: O LEGADO PARA OS JURISTAS

Uma vertente atingida fortemente pela teoria positivista em geral é a do saber jurídico. Assim, como a História, a obsessão incansável dos juristas positivistas desde o século XIX, passando pelo século XX, foi construir uma Ciência Jurídica, nos moldes do conceito de ciência deste período.

A empreitada teórica e metodológica do Positivismo – a construção de uma Ciência Jurídica autônoma – por óbvio estava alicerçada desde os primórdios em alguns pressupostos, essencialmente dogmáticos.

Em relação aos pressupostos epistemológicos da teoria positivista em geral – absorvidos pelo positivismo jurídico – tem-se aqueles que pregam a separação completa entre o sujeito (cientista/jurista) e o objeto a ser investigado e a cisão profunda entre os fatos e os mundos dos valores. Ou seja, na construção do conhecimento jurídico deve haver uma distância segura entre o observador e o fenômeno observado (fato social), com uma finalidade específica que é preservar o caráter objetivo da pesquisa científica.

Por outro lado, repise-se o que já foi acentuado, acerca da aproximação estreita entre as Ciências Humanas e as Ciências Naturais, o que inclui a Ciência Jurídica, em uma verdadeira unidade epistemológica. As leis da natureza e, principalmente o método da observação do fenômeno a ser investigado, auxiliariam no estudo dos fatos sociais, tomando-os espécies de paradigmas.

Nas Ciências Humanas, e também no Direito, o sujeito (cientista) deve evitar interpretações, ou lançar juízos de valores sobre fenômeno estudado. O observador deve limitar-se a observação e experimentação dos fenômenos.

Ora, se não há interpretação da sociedade, do fato social, o conhecimento que se produz sobre ele é objetivo, neutro, livre de “juízo de valores”, isento de ideologias. Em outros termos, tem-se um conhecimento absolutamente científico, em torno de uma noção muito cara à teoria positivista em geral que é o chamado princípio de neutralidade axiológica. Aplicado às Ciências Humanas, quer significar que o conhecimento científico “valido”, produzido sobre determinado fenômeno social (jurídico) ou acerca de qualquer sociedade deve ser isento de valores, ideologias, de juízos, de forma a se produzir um conhecimento objetivo e neutro, assim como é a própria ciência. Claro, que nesta perspectiva de ciência, para atingir esta objetividade e neutralidade, há que se estabelecer uma distância entre quem

produz o conhecimento e seu objeto de estudo. (separação entre sujeito e objeto e fatos e valores).

Por outro lado, a contextualização histórica da teoria positivista deve ser enfatizada em alguns dos seus pontos mais cruciais, tendo em vista uma compreensão mais abrangente do fenômeno. Como salientado anteriormente, o século XIX, berço da teoria positivista, caracterizou-se pela crença absoluta na racionalidade e na ciência, no que se poderia chamar de um **cientificismo** desmedidamente otimista.

De outro lado, do ponto de vista ideológico, o positivismo deve ser pensado a partir da nova ordem liberal e burguesa, vitoriosa a partir do êxito da Revolução Francesa. O resultado é um arraigado Liberalismo econômico, (direito de propriedade, liberdade do comércio, do empreendimento, do lucro e da não intervenção estatal nos negócios); Liberdades públicas e políticas em geral, (liberdades individuais, tais como expressão, pensamento, culto, reunião, associação, etc.); e, juridicamente, Igualdade Jurídica e Civil, (sob o lema “Todos são iguais perante à Lei”); e a liberdade contratual, como pressuposto teórico, segundo o qual todos os indivíduos (racionais) são livres para estabelecer contratos, para firmar contratos, fundados na autonomia da vontade individual – que é a reprodução, no âmbito jurídico das relações privadas, dos discursos do jusnaturalismo individualista e das teses contratuálistas.

Não se pode olvidar que as ideias do contrato social de Jean Jaques Rousseau e as profundas consequências do movimento revolucionário francês, produziram, sobretudo, no continente europeu, uma consolidação política apoiada no Direito. O chamado “princípio democrático” estabeleceu que a única legitimidade política é aquela que tem origem no parlamento; ou seja, a tão propalada “vontade geral” é manifestada a partir do parlamento. Logo, fora do parlamento, não há mais nem legitimidade, nem soberania popular.

A consequência jurídica imediata desta profunda transformação institucional foi que a lei oriunda do parlamento (Lei parlamentar) passou, portanto, a ser a única expressão desta soberania ou vontade geral, logo, a legislação parlamentar é única fonte do Direito, ou seja, há uma legitimidade política na legislação parlamentar que resultou em uma centralização das fontes do Direito. Assim, os costumes, a jurisprudência e a doutrina devem ceder espaço em relação ao caráter positivo do Direito, consubstanciado na norma (LEI). Em outros termos, as demais fontes devem se submeter a uma rígida divisão de poderes.

Com muita argúcia, e de forma crítica, o jurista Paolo Grossi resumiu este momento da História do Direito da seguinte maneira:

O drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei, para isso, basta que essa seja lei, mesmo que seja ruim ou iníqua
...⁹

Não é por acaso que o processo de codificação tenha se iniciado na França, com o “Code Civil”, de 1804, e tenha se alastrado por toda a Europa continental, sendo seu modelo imitado por diversos países, inclusive, fora do continente europeu. Aliás, é o jurista Norberto Bobbio, quem afirma textualmente que o Código Napoleônico é o embrião do positivismo na França, e, por extensão, em todos os países que abraçaram o “civil law”.¹⁰

É o historiador Paolo Grossi, quem detecta o fenômeno daquilo que ele chamou de “forma código”:

Porque, de fato o Código quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade e amplitude a velha *ordonnance* real; trata-se, ao contrário, de um modo novo de conceber a produção do Direito, e, desse modo, o inteiro problema das fontes, assim como o problema primário da conexão entre ordem jurídica e poder político.¹¹

A História do Positivismo Jurídico atinge o seu clímax, com Hans Kelsen, reconhecidamente até por seus opositores, como o mais importante teórico desta corrente que se pretende meramente descritiva do Direito. A partir da obra de Kelsen, a teoria positivista chega ao seu apogeu no que tange ao destaque de duas de suas maiores características, a saber: um extremado formalismo e um inflexível dogmatismo. Na “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, na antiga linhagem da teoria positivista e seus pressupostos vai propor um conceito de Direito nos seguintes termos: “*É a técnica social que consiste em obter a desejada conduta social dos homens mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.*”¹² Dessa concepção despontam algumas

⁹ GROSSI, Paolo, *Mitologias jurídicas da modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Junior, Florianópolis, Fundação Boitex, 2004.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos e. Rodrigues, São Paulo, Icone, 1995.

¹¹ GROSSI, Paolo, *Mitologias jurídicas da modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Junior, Florianópolis, Fundação Boitex, 2004.

¹² KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 8.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2009.

características próprias da teoria *kelseniana*: a) o Direito é uma “técnica social”, a aproximação com o modelo das Ciências Naturais é um legado desde os séculos XVIII e XIX. O Direito deve ser tratado como Ciência, nos moldes preconizados pela teoria positivista, em um claro reducionismo de suas finalidades; b) O Direito é uma medida de coerção que impõe determinado comportamento, logo, confunde-se com a própria ideia da “norma”; c) em função de um dos seus princípios mais caros, o da neutralidade axiológica, o conceito em questão se apresenta de forma avalorativa, em que é enfatizada a ausência de subjetividade. É a propalada “pureza” do Direito, ou seja, por um direito “asséptico”, imune a todo e qualquer traço de subjetividade.

Aliás, em relação a esta última característica é essencial frisar que Kelsen propôs uma concepção pura do “saber jurídico”, o que, na prática, significava livrar o discurso jurídico de todos os aspectos morais, sociais, políticos, ideológicos, erradicando a própria noção de justiça do Direito. Em outros termos, Kelsen pretendia ver o Direito desvencilhado da Sociologia, da Filosofia e demais Ciências Humanas.

Nesta seara, Norberto Bobbio já acentuava este caráter fundamental da teoria de Kelsen *“que era a separação entre pesquisa científica e programas políticos e o impedimento de que os juízos de valor corrompessem a pureza da pesquisa.”*¹³ Predomina a ideia de que ao estudar o Direito deve-se abster de qualquer juízo de valor. O Direito é desprovido da noção de valor ético ou moral. O Direito não é bom, nem mau, não é um valor, nem um desvalor.

Para finalizar, é importante reafirmar a profunda tradição do Positivismo Jurídico que vem desde o século XIX e que formou incontáveis gerações de estudiosos do Direito e ainda povoa o imaginário de muitos juristas até os dias de hoje.

3. POSITIVISMO E VISÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DA POSSE

Neste trabalho, os “juristas” têm um tratamento conceitual bastante genérico e uma utilização, ao longo do texto, conscientemente bem ampla. Dentro desta “categoria”, para

¹³ BOBBIO, Norberto, Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito, Trad. Daniela Beccaccia Versiani, Barueri, Manole, 2007.

facilitar a compreensão do objetivo do artigo, podem e devem ser incluídos magistrados, procuradores, promotores de justiça, advogados, dentre outros.

À luz de um Positivismo Jurídico ossificado e da ignorância de uma renovação radical da historiografia, inclusive, aquela que transformou as bases de uma nova História do Direito, é fundamental compreender a visão e as decisões dela decorrentes para os operadores do Direito em relação ao moderno Direito privado, mais especificamente em relação a um dos seus mais importantes institutos, a saber: a propriedade. Como se afirmou alhures, uma leitura histórica subvertida e confusa do instituto jurídico em questão fatalmente levará magistrados e demais operadores do direito a considerar a propriedade privada como algo “sacrossanto”, com o mesmo significado que esta possuía a duzentos anos atrás.

Por outro lado, não menos grave, é aliar uma falta de avaliação histórica correta à má aplicação dos princípios jurídicos e dos dispositivos legais, subvertendo-os quando de sua aplicação ao caso concreto. Refiro-me, especificamente, às ações possessórias, notadamente, as ações de reintegração de posse.

O primeiro problema detectado deve levar em consideração à origem histórica da propriedade e a profunda e radical mudança de seu significado ao longo do tempo.

Em relação à propriedade, Paolo Grossi, em seu livro a “História da Propriedade e Outros Ensaio”, já havia alertado para as abissais diferenças de significado entre a propriedade dos romanos antigos, aquela que existiu no Medievo e a sua concepção na modernidade. Assim se pronunciou o historiador italiano: “*Nenhuma dúvida de que aqui esteja o eixo e o segredo da História Jurídica da Europa ocidental e que esta História tenha sido vivida principalmente como vicissitudes de proprietários e a luta pela propriedade ...*” e ainda,

Talvez jurídico seja talvez tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homens-bens ... A solução histórica tende a tornar-se ideologia fazendo um clamoroso salto de nível, e o modesto instituto jurídico que é conveniente tutor de determinados interesses de ordem e de classe, é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto.¹⁴

¹⁴ GROSSI, Paolo, História da propriedade e outros ensaios, Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

De maneira magistral, Paolo Grossi mostra como a propriedade moderna se transmutou na apropriação meramente individual, “*em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos.*” Na mesma linha de transformação de significado do instituto do Direito Civil, Carlos Eduardo Pianovski afirmou que a ideia moderna de propriedade mais entronizada no imaginário ocidental decorre do pensamento de John Locke. É o contratualista inglês, no contexto da Revolução Gloriosa (1688/1689) que advoga que a liberdade e a propriedade são direitos inatos. Mais do que isso, a relação entre estes dois direitos é umbilical, pois a violação da propriedade significa a violação da própria liberdade. Com John Locke a propriedade adquire um caráter total e absoluto. Ainda, a propriedade é um espaço privilegiado para a realização da liberdade individual, é, portanto, intangível para o estado. O Estado é apenas e tão somente o mantenedor deste direito intangível. Muito atento, Pianovski, em seu texto, aponta para o fato de que

Não parece temerário dizer, nessa esteira, que o Estado para Locke existe em uma dimensão residual em relação ao privado. O Estado existe em função do privado, como elemento assecuratório das liberdades do indivíduo, centradas na ideia de propriedade como direito natural por excelência.¹⁵

Na mesma seara, como bem observou o historiador do Direito José Reinaldo de Lima, na modernidade “*o regime jurídico da propriedade é o regime da exclusão; exclusão de uns em relação às coisa e aos produtos das coisas e do trabalho*”; e conclui “*O novo direito de propriedade constitui-se de duas características: sua exclusividade, e a sua negociabilidade.*”¹⁶

Observado o contexto histórico em que desenvolvido a teoria da propriedade de Locke verifica-se que ela carrega uma componente política, em vista das turbulências sociais vividas na época, e uma lógica aquisitiva individualista não apenas de coisas, mas o que é mais importante, de conhecimento. Nesse sentido, José Maria Lassale Ruiz afirma que na epistemologia lockeana,

¹⁵ PIANOVSKI, Carlos Eduardo, Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado, in Repensando a Teoria do Estado, org. Ricardo Marcelo Fonseca, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004.

¹⁶ LIMA, José Reinaldo, O direito na história: lições introdutórias, São Paulo, Max Limonad, 2002.

Se encuentra en el hecho de que para Locke la lógica que subyace en la conducta que encierra el acto de conocer es una lógica adquisitiva que requiere esfuerzo y trabajo. Una lógica que hace que el Essay constituya “una teoría de la adquisición o de la apropiación semejante a su teoría de la propiedad”. En este sentido, puede aventurarse la idea de que existe al menos una conexión metodológica entre la epistemología de Locke y su teoría política; concretamente entre la metodología que preside la lógica adquisitiva del conocimiento y la de las cosas que pueblan el mundo físico. Así, son significativas las palabras contenidas en la introducción del Essay y que, dichas por un Locke que se coloca en el papel de “simple obrero en la tarea de desbrozar un poco el terreno y limpiar el escombros que estorba la marcha del saber” resumen el sentido de esta conexión adquisitiva.¹⁷

O caráter individualista do direito de propriedade não se restringe apenas a apropriação física de coisas; vai além para conformar uma proposta de dominação política e de uma forma de conhecer o mundo. O esforço e o trabalho a que se refere John Locke, marcado por uma perspectiva jusnaturalista, ainda não tem aquele caráter de valorização da pessoa na vida em sociedade; o trabalho é tomado em abstrato e de forma a-histórica como uma característica intrínseca da pessoa que justifica, no plano do labor individual, a acumulação de riqueza. É esse mesmo trabalho tomado em abstrato e de forma a-histórica que o historicismo alemão vai retomar no contexto de consolidação do positivismo e do conceitualismo no direito para conceber um fundamento estritamente legal para o direito de propriedade e para o assalariamento da mão-de-obra necessário a acumulação de capital.

Com a consolidação da propriedade como forma hegemônica de aquisição de coisas, a posse passa a ser pensada a partir dos pressupostos metodológicos do direito de propriedade. Em torno desse problema, Laura Beck Varela esclarece que a teoria da posse oscilou entre abstração e autonomia, ou seja, de algum modo ser pensada rente aos pressupostos do direito de propriedade, e daí o caráter abstrato, ou ser pensada pelos pressupostos fáticos, mediante uma consideração autônoma em relação à propriedade.¹⁸ A busca de autonomia conceitual, de forma paradoxal, resultou na assimilação pelas teorias da posse dos pressupostos teóricos do direito de propriedade.

¹⁷ RUIZ, José María Lasalle, John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, p.77.

¹⁸ Varela, Laura Beck, A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica, in A reconstrução do direito privado, org. Judith Martins-Costa, São Paulo, RT, 2002, p. 789-842.

A posse como poder fático, conforme sustenta Pontes de Miranda, contrapõe-se à idéia de apropriação individual de bens inerente à propriedade. Tomada como fato, a posse preserva o valor de uso. No desenvolvimento do capitalismo a apropriação de bens que caracteriza a posse evoluiu para assumir a forma jurídica do direito de propriedade. Esvaziou-se o conteúdo da posse, que exprime a natureza fática da apropriação de bens, voltada para a satisfação das necessidades humanas. Prevaleceu a forma jurídica do direito de propriedade, em a apropriação de bens é regulada pelo mercado. O fenômeno da posse na sociedade capitalista perde a espontaneidade característica da apropriação e da satisfação de necessidades humanas. Talvez mais do que o direito de propriedade, os efeitos deletérios da cultura positivista, é mais injusta quando relacionada à questão possessória, já que em países periféricos como o Brasil, os injustiçados invariavelmente não tem acesso à propriedade e dependem da posse para constituir moradia e assegurar sobrevivência à família.

O caráter individualista da propriedade do Brasil produz efeitos mais graves, pois, desde a Colônia, o país nasceu sob a égide das capitanias hereditárias e das sesmarias (concessões de imensas porções de terra do poder real à seus apaniguados), passando pelo Império escravocrata e pelas diversas fases da República – alheias a qualquer iniciativa que pudesse desconcentrar a propriedade – consolidaram-se grupos de proprietários e um oceano de despossuídos. Os séculos da História do Brasil, que Braudel chamaria de tempo estrutural formaram uma forma perversa de concentração da propriedade fundiária que até hoje produz efeitos dado que o agronegócio acumula renda enquanto que o pequeno produtor rural vive na penúria.

Aliás, o historiador Antônio Carlos Wolkmer, em sua obra “História do Direito no Brasil” relata de que maneira o primeiro Código Civil (1916), tratou a questão da propriedade num país de indivíduos de cidadania incompleta e não-proprietários:

Sem desconsiderar o valor e o avanço de codificação em relação ao anacronismo da legislação portuguesa até então dominante, o Código Civil reproduz em muito as condições socioeconômicas do final do século XIX. As características do novo código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas
...”¹⁹

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, História do direito no Brasil, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

Somente com a Constituição de 1988 elaborou-se, ainda que de maneira bastante vaga, a ideia de função social da propriedade. No texto constitucional, os artigos 5º., inciso XXIII, 170 (Ordem Econômica), inciso III, 182, parágrafo 2º. (propriedade urbana) e 186 (propriedade rural) supostamente garantem a função da propriedade, principal pilar do direito privado desde o século XIX. Todavia, o tom absolutamente genérico do termo “função social” e pelas decisões judiciais majoritárias, na prática, tem tornado letra morta algo que deveria aperfeiçoar o conceito de propriedade, colocando-a nos quadros da contemporaneidade. A função social da propriedade é um manifesto limitador deste direito, que o flexibiliza, retira-lhe o caráter absoluto, herança do pensamento de John Locke.

No Brasil, o paroxismo da concepção invertida deste instituto de Direito privado se revela quando se pretende confundir o direito de propriedade, que, como vimos é relativo, com a própria noção de “Estado Democrático de Direito”. Aqui, de maneira transversa, repete-se a fórmula proposta por Locke, segundo a qual “violar” ou ocupar a propriedade, ainda que ociosa ou não cumpridora de sua função social, significa violar o próprio “Estado de Direito”. Aliás, este foi o tom do discurso do ministro Gilmar Mendes ao assumir a presidência do STF em sucessivas diatribes contra o MST, no que foi secundado por um coro em uníssono de editoriais da chamada “grande imprensa”.

Lembre-se, ainda, que o problema da democracia deve ser pensado entre a ideia de “democracia como ordem” e de “democracia como conflito”. Em outros termos, a primeira é a “democracia da força do mais forte” que esmaga qualquer carência de natureza social em nome de uma normalidade institucional. A História brasileira tem revelado que perfilamos este modelo no qual, Canudos, Contestado, El Dourado dos Carajás, dentre outros, são exemplos muito eloquentes.

O segundo modelo, a “democracia como conflito” procura compreender a gênese da luta social e, munido de recursos públicos e ação política consciente, solucionar as demandas sociais que, no caso do Brasil, são gravíssimas tendo em vista os parcos índices de IDH.

Pois bem, o “mundo dos juristas”, com as exceções de sempre que confirmam a regra – parece estar vivendo no modelo da “democracia como ordem”, muito especialmente quando se trata do instituto da propriedade.

A posição dos juristas (magistrados e demais operadores) diante das ações de manutenção ou reintegração de posse urbana ou rural, quando é nítido o caráter econômico e social presentes, é, na maioria das vezes, em favor da ordem proprietária.

Para ficar em um exemplo recente, porém emblemático, tome-se o caso da desocupação da comunidade do “bairro” Pinheirinho, na cidade de São José dos Campos/SP, que se deu em janeiro de 2012 e envolveu o despejo de mais de cinco mil pessoas. A propriedade, verdadeiro latifúndio urbano, em uma área três vezes maior que o Vaticano, pertence a uma massa falida cujo dono era o megainvestidor Naji Nahas. Inúmeras violações aos direitos humanos foram presenciadas e detectadas quando do violento despejo, por ordem da Justiça estadual de São Paulo.

O caso da comunidade Pinheirinho é eloquente, pois contrapõe claramente os valores da “ordem econômica” que superam de longe os direitos fundamentais da “ordem social”. Afinal, as pessoas despejadas tinham não só o direito constitucional à moradia, como o direito constitucional de serem proprietários.

Neste caso, como em tantos outros que envolvem a questão da propriedade, é inescapável afirmar a sobrevivência entre os juristas – e no caso da comunidade Pinheirinho, não estão isentos nem o STJ, nem o STF – de uma sólida mentalidade positivista na aplicação formal e dogmática da norma, independentemente do seu caráter justo ou injusto, iníquo ou não. Este era o projeto do Positivismo Jurídico desde o princípio até Kelsen. O que sobressai, no caso “Pinheirinho”, é que, para a solução do “problema” (social?) houve a aplicação da norma ordinária, ou seja, à luz dos dispositivos do Código Civil.

À luz de uma renovada História do Direito, como explicar então decisões judiciais, em todas as instâncias, pareceres do Ministério Público em casos que envolvam a reintegração de posse, em que haja claramente um forte sentido social envolvido e, ainda, direitos fundamentais que devam ser protegidos?

É fato inegável que há um domínio da teoria Positivista, arraigada, conscientemente ou não, no mundo dos juristas, na leitura da História do Direito, especificamente em relação aos institutos jurídicos sejam de Direito Privado.

A falta de uma sólida formação interdisciplinar entre os juristas faz com que eles percebam o Direito e suas instituições de forma autorreferencializada. Lembre-se que, como preconizava Kelsen, afastando-se das Ciências Humanas, contaminadas de axiologia, a Ciência Jurídica passaria a ser autossuficiente, naturalizando-se em si mesma, sem comunicação com as demais instâncias sociais. Em suma, o fenômeno jurídico é visto de forma isolada, pairando acima da História e das relações sociais. Contudo, em termos de direito de propriedade, conforme adverte Stefano Rodotà,

Lo stesso schema individualistico, dunque, non può essere integralmente costruito in termini di assolutezza, di area aperta solo ad un insindacabile potere privato. Torna la proprietà come “ostacolo”. In una società che si vuole aperta, caratterizzata piuttosto da “inclusione” che da “esclusione” la forza conotativa dell’assetto sociale da parte della proprietà deve tener conto di tutto questo, con incidenza diretta sulla distribuzione dei beni, la loro qualificazione, la portata dei poteri proprietari.²⁰

Como já observado, no início, a escola dos *Annales* defende uma posição diametralmente oposta. Ou seja, no caso dos operadores do Direito deve haver uma intensa conexão com a política, a econômica, a psicologia, a antropologia, o estudo das culturas existentes dentro do mesmo país. Seria uma espécie de **direito total**, inserido em um contexto que leve em conta todas as manifestações humanas e a interdependência do Direito com as demais instituições da sociedade.

Por outro lado, na perspectiva do Positivismo, a História é linear e contínua. Neste caso, o passado jurídico encontra-se com o presente jurídico, sem qualquer tipo de alteração de significados, a exemplo do que ocorre com o direito de propriedade tomado em sua essência desde o direito romano até a modernidade.

É tentador imaginar que as decisões que versam sobre o direito de propriedade e posse, sobretudo nas ações de reintegração de imóveis (urbanos ou rurais) que não cumprem a sua função social, recebem dos juristas uma leitura que é completamente atemporal. Ou seja, o direito de propriedade ainda é visto nos moldes do ordenamento jurídico do século XIX, o que equivale dizer, um instituto jurídico intocável, sagrado, absoluto, enfim, a pedra angular do Direito privado, e, do propalado “estado democrático de Direito”.

A escola dos “*ANNALES*” legou o conceito de “temporalidade”. Esta é uma crítica à leitura da História atemporal, o que significa dizer que nesta desvirtuada interpretação da História, os valores, as instituições e seus significados não se alteram no tempo. Em um texto sobre o significado do Direito Romano e a modernidade, mas que pode ser aplicado aqui de maneira analógica, Antonio Manuel Hespanha previne de maneira enfática:

No entanto, o que é importante ressaltar é que cada instituto jurídico ou cada conceito de Direito faz parte de um sistema ou contexto, do qual recebe o seu sentido. Mudando o contexto, os sentidos das peças

²⁰ RODOTÀ, Stefano, Proprietà e democrazia, in Repertorio di fine secolo, Bari, Editori Laterza, 1999, p.141-160.

isoladas recompõem-se, nada tendo a ver com o que elas tinham no contexto anterior.²¹

Assim, há uma diferença qualitativa entre o passado e o presente. Em outros termos, o futuro pode apresentar possibilidades jurídicas diferentes. O discurso jurídico deixa de ser legitimador do passado, para ser um discurso crítico e propositivo. Somente desse modo será possível pensar os conceitos necessários para a tutela da posse e do direito de propriedade compatíveis com a atual estrutura socioeconômica brasileira.

²¹ HESPANHA, Antonio Manoel, Panorama histórico da cultura jurídica europeia, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso de análise evidenciou que a cultura positivista arraigada na mentalidade dos juristas brasileiros impediu a assimilação de uma historiografia dos institutos de direito de propriedade e da posse em perspectiva linear, sem levar em conta o contexto de conflito que caracteriza a construção de uma sociedade democrática. O direito de propriedade e a posse continuam a ser pensado de forma absoluta e abstrata, sem levar em conta a realidade concreta que envolve proprietários, não-proprietários ou possuidores. A prevalência de uma mentalidade positivista em termos de tutela do direito de propriedade e da posse inviabiliza a efetividade de direitos fundamentais dos despossuídos, na medida em que impede o acesso a posições proprietárias e mantém as desigualdades na distribuição de renda e riqueza no Brasil.

Os pressupostos da historiografia da escola dos “Annales” ainda não produziu suficientes efeitos na cultura jurídica do Brasil a ponto de permitir que o passado, na expressão de Reinhart Koselleck, possa contribuir para uma abertura para o futuro.²²

Por enquanto, a tutela do direito de propriedade e da posse continua enredada pela mentalidade dos juristas presa a uma consciência do passado que desenha o futuro como profecia. A mudança que o futuro requer exige recolocar em outros termos a compreensão conceitual dos juristas acerca do passado dos institutos do direito de propriedade e da posse. Somente desse modo abre-se oportunidade para novos conceitos acerca da tutela da posse e da propriedade no direito brasileiro, de acordo com o atual momento histórico. Resta saber se isso é possível enquanto perdurar o silêncio dos injustiçados sobre a sua própria história.

²² KOSELLECK, Reinhart, *Futuro passado – contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

----- . **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BURKE, Peter. **A Revolução Francesa da Historiografia: a Escola dos ANNALES, 1929 – 1989**. Trad. Nilo Odália. São Paulo. Editora Universidade Estadual Paulista, 1991.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à História do Direito**. 1ª. Edição. Curitiba: Juruá, 2009.

GROSSI, PAULO. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

_____. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **História da Propriedade e outros ensaios**. Tradução Luiz Ernani Fritoli/Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. Publicações Europa-América. Portugal, fev/1997.

HOBBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções (1789-1848)**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 4ª. edição. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KOSELLECK, Reinhart, **Futuro passado – contribuição à semântica dos tempos históricos**, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. (Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento). Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 8ª. Edição. São Paulo. Cortez, 2003.

NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio Forastieri. **Nova história em perspectiva**. São Paulo, Cosac Naify, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **Repertorio di fine secolo**. Bari, Editori Laterza, 1999.

RUIZ, José María Lasalle, **John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad**, Madrid, Editorial Dykinson, 2001..

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado**. “in” Repensando a Teoria do Estado./Ricardo Marcelo Fonseca (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VARELA, Laura Beck. **A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica**. In Reconstrução do direito privado, São Paulo, RT, 2002, p. 789-842.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro. Forense, 2002.