

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**REGIME JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE
RURAL**

**CURITIBA
2005**

DANIELA DE ANGELIS

**REGIME JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE
RURAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão ao curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin.

**CURITIBA
2005**

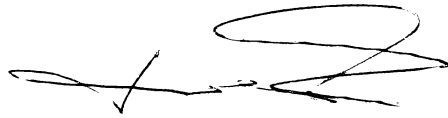
TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELA DE ANGELIS

REGIME JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE RURAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de Grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca examinadora:

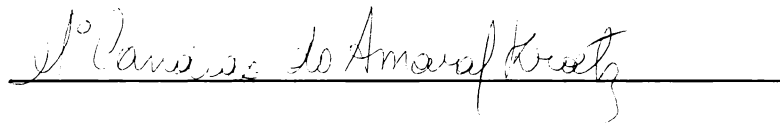
Orientador:



Professor Doutor Luiz Edson Fachin



Professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Dra. Maria Cândida Kroetz

Curitiba
13 de outubro de 2005

Dedicatória

Aos meus pais e irmãos, por sempre estarem dispostos a ajudar nas horas mais difíceis; aos meus amigos Ana Elisa, Edna, Carolina e Bernardo, pelos conselhos, críticas e incentivo; às amigas do vôlei, que aturaram minhas ausências; especialmente ao meu sempre companheiro e amor eterno Filipe, por sempre estar ao meu lado.

Agradecimentos

A todos aqueles que de algum modo me ajudaram nesta empreitada, em especial meu orientador e mestre, Professor Luiz Edson Fachin, pelas críticas e conselhos que tornaram possível este trabalho.

“Viverás, e para sempre na terra que aqui aforas: e terás enfim tua roça.

- Aí ficarás para sempre, livre do sol e da chuva, criando tuas saúvas.

- Agora trabalharás só para ti, não a meias, como antes em terra alheia.

- Trabalharás uma terra da qual, além de senhor, serás homem de eito e trator.

- Trabalhando nessa terra, tu sozinho tudo empreitas: serás semente, adubo, colheita.”

(Trecho de ‘Morte e Vida Severina’ de João Cabral de Melo Neto)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A Posse	3
1.1. Elementos para a compreensão da evolução histórica do conceito de posse	4
1.2. Conceito de posse	6
1.2.1. As teorias de Savigny e Ihering	8
1.2.2. A teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro	12
1.3. Natureza jurídica da posse	15
1.4. Posse e propriedade	17
1.5. Posse Rural	20
2. Limites e possibilidades da função social da posse rural	23
2.1. Evolução histórica da função social no ordenamento jurídico brasileiro	23
2.2. A Constituição Federal de 1988	28
2.3. O Código Civil de 2002	30
3. Controvérsias acerca da função social da posse rural	34
3.1. As relações interindividuais e coletivas	34
3.2. As Ações possessórias	38
3.3. Jurisprudência: pronunciamentos recentes	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

É perceptível ao cientista do Direito que os fatos sociais exercem sobre ele importantíssima influência. Talvez por isso, muitos sustentem que a principal função do Direito é a regulamentação da convivência humana. E o Direito regulamenta as condutas prescrevendo ações que julga adequadas a partir da análise dos próprios fatos sociais.

Mas não basta que, por meio de normas prescritivas, sejam outorgados direitos aos cidadãos. Mais que isso, é preciso que esses direitos sejam garantidos de maneira eficaz. Faz-se necessária a concretização das prescrições contidas nas normas. Nesta linha, a função social tem grande relevância, uma vez que não basta a existência de um direito que seja garantido como tal, há que se garantir que todos, de maneira geral, tenham acesso aos direitos indispensáveis à sobrevivência. Em tal ponto encontramos a posse, sobretudo a posse rural, uma vez que é a “terra” fonte de alimento e, conseqüentemente, da almejada sobrevivência. Mas não se trata apenas de falar em sobrevivência pura e simplesmente. É a sobrevivência digna da pessoa humana que se deve buscar e proteger, o que se buscou fazer através da introdução no ordenamento jurídico da chamada função social.

No ordenamento jurídico pátrio, a noção de função social surgiu após o Código Civil de 1916, com a Constituição de 1934, tendo sido a Constituição de 1946 a primeira a incorporar tal idéia. No entanto, o marco da adoção de uma ideologia funcionalista foi a Constituição Federal de 1988. Mas, antes mesmo do advento da Carta Magna de 88, o tema, no que diz respeito à propriedade rural foi tratado no então chamado Estatuto da Terra, que definiu a função social a partir da noção de produtividade, de atendimento à legislação trabalhista e de proteção ambiental e daqueles que na terra trabalham. A Constituição da República de 88 recepcionou a função social como verdadeiro princípio constitucional (artigo 5º, XXIII), estabelecendo, ainda, em que condições pode-se verificar o seu cumprimento (artigos 182 – propriedade urbana, e 186 – propriedade rural).

Temos, então, que a função social não se esgota em um conceito a ser aplicado ao direito de propriedade e aos demais direitos reais. Trata-se de verdadeiro princípio constitucional a ser observado. Este princípio constitucional, que

como tal deve pautar toda hermenêutica do ordenamento jurídico, consiste na obrigação condicionante do exercício da posse a interesses que transcendem a vontade do possuidor, de modo a satisfazer indiretamente as necessidades dos demais membros da comunidade. Quer dizer, a propriedade que cumpre a consagrada função social não é apenas aquela que atende aos interesses do seu possuidor, quer sejam de índole econômica, quer pessoal. É mais: a propriedade socialmente funcional é aquela que atende também aos interesses da coletividade, aos interesses supra-individuais, buscando a efetivação da dignidade da pessoa humana. A função social é, pois, definidora do conteúdo do direito de propriedade e dos direitos deste derivados, como é o direito de posse.

O presente trabalho tem como finalidade justamente estudar o sistema normativo em que se insere o princípio da função social, mais especificamente o estudo da inserção do tema na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, bem como na jurisprudência. Primeiramente, buscando situar o tema da posse no ordenamento jurídico, far-se-á um estudo deste instituto dentro do universo dos Direitos Reais: seu conceito (com ênfase às teorias de Ihering e Savigny), sua natureza jurídica e sua distinção quanto à propriedade. Também, será feita uma evolução histórica da posse e da função social. Após esse apanhado geral no que se refere ao direito real de posse, passaremos para a análise da função social propriamente dita na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, como não poderia deixar de ser, analisaremos a abordagem jurisprudencial da função social da posse, mais especificamente da posse rural, tendo em vista que de nada adiantaria a análise teórica do tema sem que se verificasse sua aplicação na realidade fática, razão de ser do Direito.

1. A POSSE

Antes de adentrarmos o tema atinente à função social propriamente dita, tendo em vista que o presente trabalho destina-se à abordagem da função social da posse, mais precisamente da posse rural, devemos fazer uma sistematização deste instituto para facilitar o entendimento do tema proposto.

Desde os tempos mais remotos a posse acompanha o homem. A terra sempre teve grande e primordial importância para a sobrevivência do homem. É certo que, nos primórdios da civilização, a apropriação da terra não era valorizada, já que o homem era nômade, migrando de acordo com as suas necessidades de obtenção de alimentos. Futuramente, alguns povos passaram a dominar as técnicas da agricultura e começaram a domesticar os animais, deixando de ter necessidade de perambular em busca de alimento, podendo se estabelecer em um único lugar. Foi a partir daí que a apropriação da terra passou a ter importância, surgindo, então, a propriedade imóvel. Mas, antes mesmo do surgimento da noção de propriedade, surgiu a de posse, que é decorrente do instinto humano de usar dos bens encontrados na natureza para sanar suas necessidades.

Dentre os muitos institutos de direito, poucos geram tanta controvérsia e discussões como a posse. Até mesmo no que se refere às palavras *possessio* e *possidere*, que geraram os termos posse e possuir há dúvida.

Ora vão prender-se a *pedes ponere*, com a idéia de 'pôr os pés', fixar-se. Ora diz-se que vêm de *sedes ponere*, *sedium positio*, lembrando a posição do assento. Não falta quem simplifique dizendo que *possessio* nasce de posse, poder. Boas autoridades afirmam que a origem dos vocábulos está na aliança das expressões *sedere* e *sessio* (assentar-se) às partículas *pot* ou *pos*, que lhe dão ênfase e reforço.¹

Essas alterações semânticas levam à utilização do termo "posse" com os mais diversos significados. Mas a despeito destes vários significados, é a acepção técnica do termo que deve guiar nossos estudos.

A já dita discussão doutrinária acerca da posse dá-se tanto no que se refere ao seu conceito quanto à sua natureza jurídica. O único ponto pacífico na teoria

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direitos Reais. v. IV, 18ª ed.; rev. e atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 16.

possessória é o fato de se reconhecer o paralelismo entre a posse e a propriedade. Mas, apesar desse paralelismo, a posse apresenta-se como um instituto jurídico autônomo e independente. Posto isto, faremos, após explicitar a evolução histórica do instituto, um apanhado da melhor doutrina no que se refere ao conceito e natureza jurídica da posse, bem como tentaremos estabelecer suas diferenças com relação ao direito de propriedade.

1.1 ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE POSSE

Nos tempos mais remotos do direito romano não se verificava a existência de regras nem de princípios gerais, sendo as decisões dadas de modo independente para cada caso concreto. Com o passar do tempo, as regras foram aparecendo em virtude de regulamentações de casos particulares, traduzindo um princípio geral. Assim se deu com a posse e com outros institutos jurídicos.

Desde o direito romano, o conceito de posse varia no tempo. Mesmo em Roma, nos diferentes períodos, o conceito de posse apresentou-se de formas distintas. Na época pré-clássica, a posse era tida como mera senhoria de fato sobre a coisa, sendo a senhoria de direito resguardada para o concedente. A senhoria de fato, que era revogável, sem limite de tempo e exercida com a intenção de ter a coisa para si, jamais se transformava em senhoria de direito. Já no chamado período clássico, apesar de manter-se como senhoria de fato, a posse teve em si introduzidos seus dois elementos essenciais: *possessio corpore* (elemento objetivo) e *animus possidendi* (elemento subjetivo), passando a ser irrevogável e passível de converter-se em senhoria de direito. Por fim, no período justiniano e romano-helênico, surge a idéia de possibilidade de se possuir o direito e, ao lado da posse da coisa (*possessio rei*), apareceu a posse de direito (*possessio iuris*). “Assim, a noção de posse, estendida aos direitos reais, altera-se, passando a ser o exercício de fato do direito de propriedade ou de qualquer outro direito real, associado a efetivo (ou, pelo menos, que, de boa-fé, se acredita existir) estado de direito”.²

² OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. “A posse e a sua relevância jurídica”, in. Revista de Direito Privado, n. 6, ano 2, abril – julho. São Paulo: RT, 2001, p. 174.

Vale dizer, ainda que, para os romanos, tanto a posse propriamente dita (*possessio civilis*) quanto a detenção (*possessio naturalis*) eram denominadas genericamente por uma mesma palavra: *possessio*, que nada mais era do que toda relação material intencional da pessoa com a coisa. A verdadeira relação possessória, aquela a que a lei atribuía efeitos jurídicos, era tão somente a *possessio civilis*.

Seguindo pela evolução histórica, vemos que no antigo direito alemão não se fazia distinção entre *possessio* e *ius possidendi (dominium)*, já que o sistema jurídico da época era governado por uma instituição de extrema peculiaridade e que não concebia referida distinção: a *Gewere (Besittinge)*. Tal instituto não se tratava propriamente de um conceito jurídico, mas sim uma relação de fato entre a pessoa e a coisa possuída. Toda relação fática que envolvia o gozo sobre a coisa, mesmo que temporal, era uma *Gewere*, reconhecida pelo ordenamento jurídico como forma aparente de senhorio legítimo.

Aquele que tinha a *Gewere*, além de ter um senhorio de fato sobre a coisa, tinha os poderes de fato que correspondem à propriedade e aqueles que não correspondem a este direito. Quanto aos bens móveis, tinha a *Gewere* aquele que detinha a coisa; já quanto aos imóveis, era aquele que os gozava. Nesta linha, tem-se que, ao contrário do que acontecia na posse romana, não se admitia no antigo direito alemão que o poder de fato sobre a coisa fosse exercido em nome de outrem. Desta feita, somente tinha a *Gewere* aquele que era ou proprietário, ou arrendatário ou depositário da coisa.

A *Gewere*, assim como a *possessio* romana, apresentava dois elementos constitutivos, um que designava a senhoria de fato e outro que afirmava que esta senhoria correspondia a um direito real, sendo que nem sempre o primeiro estava presente para que se caracterizasse a *Gewere*. A sua tutela jurídica se dá em virtude da presunção da existência de um direito real que exterioriza, e não devido à senhoria de fato.

O Direito Canônico também teve a sua participação na evolução histórica da posse, tendo em vista que deu maior amplitude à noção do instituto. Para o Direito Canônico, todo aquele que de fato exercia um direito ou tinha a intenção de exercê-lo era considerado possuidor. Exigia-se, ainda, para a manutenção da posse, a contínua boa-fé.

O direito medieval e suas normas locais e conseqüente pluralismo jurídico concedeu prestígio jurídico à figura do possuidor. Em vários dos estatutos deste período podemos verificar normas a respeito do possuidor, a exemplo os Estatutos de Módena e de Milão.

Em 1863, com o advento do Código da Saxônia, um outro sistema se inicia. Neste, é mantida a posse e a detenção como categorias distintas, atribuindo-se à detenção defesa possessória desde que seu objeto fosse destinado à garantia e ao gozo. O Código Civil Alemão, seguido pelos códigos suíço, mexicano e brasileiro, acabou com a distinção entre posse e detenção para fins de proteção possessória, a qual se manteve apenas quando se detém a coisa por conta de outrem e na dependência ou instruções deste. Na França e Itália, só se concedeu a proteção possessória ao chamado possuidor legítimo, ou seja, àquele que detém a coisa ou goza um direito real com *animus possidendi*. Além disso, nos códigos destes dois países, também se concedeu a ação de esbulho àqueles que detém a coisa com *animus detendi*.

Vemos do exposto que o instituto da posse, *mutatis mutantis*, há tempos é contemplado pelos ordenamentos jurídicos. É certo que não se apresentava como hoje a conhecemos, já que a posse de hoje é fruto da evolução histórica tanto do instituto em si quanto do ordenamento jurídico em que se encontra, o que permitiu o surgimento de uma nova visão acerca do tema, como veremos.

1.2 CONCEITO DE POSSE

O conceito de posse é, assim como os demais temas que envolvem o instituto jurídico, ponto de muita controvérsia. Vários juristas, desde os tempos mais remotos, buscaram defini-la de modo definitivo. Da exposição acima podemos ver que, na história do direito, o conceito da posse sofreu inúmeras modificações.

Desde o direito romano, já se podia identificar dois elementos na caracterização da posse, quais sejam, o elemento objetivo – *possessio corpore* ou simplesmente *corpus*, nos termos dos autores modernos – e o elemento subjetivo – *animus*. Segundo o ilustre Prof. Caio Mário da Silva Pereira,

Dois elementos estão presentes em qualquer posse: uma coisa, e uma vontade, que sobre ela se exerce. Estes elementos, material e anímico, hão de estar sempre

como se dono fosse e com intenção de ter a coisa como dono. Se alguém tem a coisa em seu poder, mas em nome de outra pessoa, não há posse, mas tão somente detenção – ou posse natural -, que não gera efeitos jurídicos e nem é protegida pelas ações possessórias ou interditos.

Diz-se que a teoria apresentada por Savigny é subjetiva porque nela se dá grande relevância ao elemento intelectual ou volitivo, uma vez que há necessidade de que aquele que exerce o poder físico sobre a coisa tenha a intenção de tê-la para si como se fosse seu dono para que esteja caracterizada a posse. Quer dizer, não há posse sem a presença do elemento intelectual.

Seguindo-se a sistemática da teoria subjetiva, seriam caracterizadas como mera detenção e não como posse aquelas relações em que a pessoa tem a coisa em seu poder, mas não tem a intenção de tê-la como dono. Tal fato dificulta sobremaneira a proteção da situação jurídica. Dentre estas relações que, nos moldes da teoria subjetiva, seriam caracterizadas como mera detenção encontram-se a locação, o comodato, o penhor etc. Estas situações, portanto, estariam alijadas de qualquer proteção jurídica simplesmente por faltar a intenção de ter a coisa como dono.

Muitas críticas são dirigidas a Savigny dizendo, principalmente, que há, em sua teoria, um exacerbado subjetivismo, o que faz com que a posse fique dependente de um estado íntimo de difícil precisão. Apesar desta constatação, deve-se reconhecer a importância da teoria subjetiva, que “influiu profundamente no pensamento jurídico do século passado, e atingiu as legislações, influenciando tão seriamente os Códigos que, até hoje, não obstante as críticas que o atingem, encontra defensores. Mesmo em sistemas que consagraram a opinião contrária, as suas idéias penetram, e amiúde aparecem vários de nítida influência”.⁹

Na segunda metade do século XIX, analisando criticamente a Teoria Subjetiva de Savigny, Rudolf Von Ihering formulou a Teoria Objetiva da posse. Para o referido autor, não faz parte do conceito de posse a intenção de ter a coisa para si, sendo a posse, na verdade, a exteriorização da propriedade; é agir, em relação à coisa, como se proprietário fosse, o que só faz quem explora economicamente a coisa.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob.cit., p. 18.

Ihering também analisa a posse segundo os seus elementos. Para ele, o elemento material – *corpus* – é a relação exterior que há normalmente entre o proprietário e a coisa, ou a aparência de propriedade. É a conduta externa da pessoa, que se assemelha àquela que normalmente há entre o proprietário e seu bem. Desnecessário é o poder físico daquele que possui sobre a coisa possuída, já que em alguns casos ele não está presente e nem por isso desnatura-se a posse. O *animus*, por sua vez, caracteriza-se não como sendo intenção de dono, mas sim a vontade de proceder como habitualmente procede o proprietário – *affectio tenendi* –, o que independe da vontade de ser dono. Aqui, a intenção de ser dono é dispensada bastando, para a caracterização da posse, o procedimento externo, independente de pesquisa de cunho subjetivo. A teoria é tida por objetiva justamente por dar relevo ao procedimento externo, não dependente da vontade daquele que possui.

Partindo do pressuposto de que, via de regra, o proprietário é possuidor, Ihering entendeu que possuidor é aquele que procede com aparência de dono, o que o levou a definir a posse como sendo a visibilidade do domínio. Desta forma, só poderá haver posse onde puder haver propriedade. Há posse, portanto, quando se está diante de um atuar em relação à coisa que se espera seja aquele do proprietário para com seu bem. Mas em que consistiria esse atuar como atua o proprietário? Ihering diz que atua como proprietário aquele que faz uso econômico do bem, o que, segundo o Saudoso Prof. Orlando Gomes ¹⁰, pode se dar de duas formas: por si mesma – que é a utilização imediata ou real – ou cedendo-a a outrem. O que se destaca do conceito de posse dado por Ihering é a necessidade de utilização econômica da coisa para que se configure o atuar de acordo com o proprietário.

Conforme leciona Zaiden Geraige Neto, em artigo publicado na Revista de Direito Privado,

o autor da teoria objetiva deixa claro que, para a identificação da posse, é necessário considerar-se como o proprietário costuma proceder com suas coisas. Como a sociedade, pelo senso comum, aceita ou observa uma pessoa na condição de proprietária. Com essa exteriorização do direito de propriedade, com plena e nítida observação da utilização econômica da coisa, pode-se saber estar ou não a pessoa com o poder de posse sobre o bem. Ou seja, 'se a coisa se encontra em

¹⁰ Ob.cit., p. 34-35

estado de servir sua destinação econômica normal, tal como seria de se supor que o proprietário a utilizasse, há *corpus* – e há posse.¹¹

De todo o exposto, retira-se que, na teoria objetiva, posse é quando há comportamento da pessoa em relação à coisa similar ao do proprietário, ou seja, quando há utilização econômica do bem, o que independe de se verificar a vontade da pessoa, a intenção de ser dono da coisa. Pergunta-se, então: se para a posse não é necessária a investigação anímica, o que a distingue da mera detenção? Responde, então, Ihering que a distinção entre a posse e a mera detenção é a incidência de obstáculo legal. Ou seja, a situação deixa de ser caracterizada como posse apenas quando há um impedimento legal para tal. É neste ponto que reside a principal distinção entre a teoria subjetiva e a objetiva. Enquanto para a primeira a soma do *corpus* mais a *affectio tenendi* gera mera detenção, que somente se converte em posse se a estes se somar o *animus domini*, para a segunda, *corpus* mais *affectio tenendi* gera posse, que só será mera detenção se a lei assim o determinar.

Buscando ilustrar esse contraste entre as duas teorias, Ihering estabeleceu a seguinte forma algébrica:

Designando por x a posse e por y a detenção; o *corpus* por c ; o elemento intencional comum a toda relação possessória, e sem o qual haveria um puro contacto material, por a ; o elemento que segundo as doutrinas subjetivas se deve juntar à vontade, para que haja o *animus domini* ou *possidendi*, por α ; e por n a disposição legislativa que impede em certas relações possessórias que a posse exista – na doutrina subjectivista serão:

$$x = a + \alpha + c$$

$$y = a + c$$

- na doutrina de Ihering:

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n.$$
¹²

Vê-se que tanto na teoria subjetiva quanto na teoria objetiva há a manutenção de dois elementos comuns – o *corpus* e o *animus* ($a+c$). No entanto, enquanto para Ihering a soma $a+c$ gera a posse, para Savigny gera apenas a detenção, sendo necessária a soma de α para que se configure a posse.

¹¹ GERAIGE NETO, Zaiden. A teoria objetiva da posse. In Revista de Direito Privado, n. 10, ano 3, abril-junho. São Paulo: RT, 2002. p.230.

¹² RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de Direito Civil português, 3ª ed, rev. anot. e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980. p 79.

Por fim, cabe elucidar que as duas teorias, subjetivista e objetivista, se distinguem, conforme coloca o Prof. Orlando Gomes ¹³, em três pontos, fundamentalmente, quais sejam: na determinação dos elementos constitutivos da posse – *animus* e *corpus*; na explicação da natureza da posse – que para Savigny é um fato que se converte em direito devido a proteção legal, e para Ihering é um direito; e na fundamentação da proteção possessória – em Savigny, esta se funda no princípio geral de que toda pessoa deve ser protegida contra agressões, já em Ihering se justifica por ser meio facilitador da proteção da propriedade.

A bem da verdade, a grande oposição que outrora se considerou existente entre as duas teorias não se verifica, atualmente, nem tão profunda, nem tão radical. Em muitos pontos, verifica-se tão somente uma divergência no que se refere às palavras ou à interpretação, chegando-se ao ponto de dizer que a controvérsia seria apenas aparente. O importante que se retira da análise das duas doutrinas é que elas divergem tão somente, em termos práticos, no reconhecimento ou não da existência de posse em determinadas relações entre sujeitos e bens, do que depende sua proteção jurídica.

1.2.2 O conceito de posse e o ordenamento jurídico brasileiro

Como já dito, Savigny definiu a posse como sendo a soma do poder físico do indivíduo sobre a coisa – *corpus* –, da vontade de proceder em relação à coisa como procede o proprietário – *affectio tenendi* – e do *animus domini* – intensão de ter a coisa como dono. Já para Ihering, a posse é a visibilidade do domínio; é agir como age o proprietário (aparência da propriedade), o que elucida através da utilização econômica do bem, – *corpus* - e ter a vontade de proceder como procede o proprietário – *animus*, não sendo necessário o poder físico sobre a coisa e a vontade de ter a coisa como dono.

Nos vários ordenamentos jurídicos pelo mundo, há uma divisão: uns optaram pela doutrina subjetivista, outros pela objetiva. Dentre os que se filiaram à primeira encontramos a França, onde se exige a presença necessária do *animus*

¹³ Ob.cit.. p 39.

Foi com a Constituição de Weimar (Constituição Alemã de 1919) que a propriedade passou a ter contornos menos absolutos, ou seja, diante das condições sociais e políticas da época (vale lembrar que a Constituição de Weimar surgiu após a primeira Guerra Mundial) não mais era oportuno admitir-se um direito absoluto e sagrado. A partir de então, novos contornos foram, aos poucos, sendo dados ao direito de propriedade, introduzindo-se limitações formais que levaram ao surgimento da idéia de função social da propriedade, elevada à categoria de princípio jurídico na Carta Maior da República Alemã.

A partir dessa breve exposição histórica, pode-se observar que foram os contornos políticos e econômicos da sociedade que levaram o direito de propriedade a sobrepor o direito de posse. Este relaciona-se muito mais com uma utilização do bem para atendimento das necessidades inerentes ao ser humano. Aquele, em virtude de sua origem, destina-se ao trânsito jurídico, à obtenção de riquezas, à criação de um patrimônio, independente de ser este indispensável ou não à sobrevivência. É segundo este entendimento que se deve focar a autonomia da posse em relação à propriedade, permitindo, assim, uma abordagem diversa da relação sujeito/coisa.

1.5 POSSE RURAL

Neste tópico, cabe fazer a distinção entre a posse civil, ou posse comum, e a chamada posse agrária. Não pretendemos, aqui, esgotar a matéria atinente à posse agrária, já que não é o cerne do presente trabalho, mas sim buscar demonstrar a existência do conceito de posse agrária e a sua distinção para com o conceito de posse que acima foi colocado.

A posse agrária, apesar de poder ser vislumbrada já desde os romanos, somente com o advento do Estado social, que pretendeu dar melhor distribuição às riquezas, recebeu maior atenção dos juristas, o que culminou com sua elaboração teórica. Nesta linha, tem-se que a posse agrária surgiu como fenômeno social característico de nossa era. O fenômeno possessório agrário implica na exploração econômica do bem pela atividade agrária, fixando-se o homem ao solo com a finalidade de gerar riquezas para si, sua família e sua comunidade. Diversa é a posse civil, fundada nas teorias de Saviny e Ihering, sujeita à propriedade, quer

porque seja exteriorização desta, quer porque seja a propriedade fundamento da vontade do possuidor.

Em Direito Agrário, a posse é reconhecida àquele que trabalha a terra, que a explora economicamente e de forma direta. A terra, aqui, é bem de produção, já que se destina à produção dos bens necessários à sobrevivência, e não meio de especulação imobiliária. A atividade agrária, por meio da qual se explora a terra, é o que caracteriza a posse agrária. “Em Direito Agrário, o conceito de posse está mais próximo do significado da palavra *tenencia* dos espanhóis [*tenencia* significa, na literatura, detenção; gramaticalmente, significa posse atual de uma coisa] e que as leis de reforma agrária dos países de origem espanhola utilizam implicando as várias maneiras de explorar economicamente a terra.”³⁰ Para o Direito Agrário, *tenencia* pressupõe direito, já para o Direito Civil não. O *tenedor* para o Direito Agrário é um possuidor, merecendo proteção legal; coisa diversa ocorre no Direito Civil, que não dá proteção legal ao *tenedor* por considerá-lo um subpossuidor.

Da mesma forma que a posse civil, a posse agrária é composta pelos elementos *corpus* e *animus*. No entanto, é no preenchimento destes elementos que se diferenciam as duas posses. Na posse agrária, o *corpus* é traduzido por atos que exteriorizam a vinculação direta, material e imediata sobre a coisa, não se admitindo possuir por intermediários. O *animus* é representado pelo trabalho realizado na terra, ou seja, é possuidor aquele que detém a vontade de trabalhar a terra, de explorá-la economicamente para produzir bens destinados a sua sobrevivência, de sua família e de sua comunidade. Vale ressaltar que não basta o cultivo da terra, a mera utilização econômica, há que ser feito um uso de modo racional, ou seja, deve-se fazer um cultivo eficiente da terra.³¹ Por fim, a posse agrária deve assegurar uma vida digna ao possuidor e deve garantir a paz social.

Conforme se depreende do exposto, tem-se que a posse agrária é um conceito eminentemente social, já que fundado no trabalho, na exploração econômica direta da terra e na efetivação da dignidade da pessoa humana. Não se verifica, pois, submissão alguma ao direito de propriedade, sendo, desta feita, um

³⁰ MATTOS NETO, Antonio José de. A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil. Belém: CEJUP, 1988. p.46

³¹ Conforme MATTOS NETO, ob. cit. p. 48, “o cultivo eficiente consiste em desenvolver atividade agrária adequada à aptidão natural do solo, utilizar instrumentos e tecnologia agrícola que melhor possam explorar a terra visando aumento de produção e de produtividade”.

direito real definitivo que só se configura como tal na medida em que o imóvel esteja exercendo atividade produtiva de forma direta, imediata e eficaz pelo possuidor. Em virtude de suas características, alguns a chamam de posse-trabalho.

Podemos, por fim, colocar como sendo as principais distinções entre a posse agrária e a posse civil as seguintes: 1- a posse agrária reflete pensamento do Estado Social, já que para que seja caracterizada é preciso que exista o trabalho rural direto do possuidor com fim de prover sustento seu e da comunidade como um todo, enquanto a posse civil reflete o pensamento liberal e individualista, sendo marcada por uma função eminentemente privatista; 2- a posse agrária é direta e imediata, ou seja, deve ser exercida pela mesma pessoa do seu titular, já a posse civil, pode ser exercida de forma direta ou indireta, uma vez que se outorga ao possuidor a faculdade de ter ou não materialmente a coisa; 3- para ser admitida a posse agrária não basta que o possuidor tenha a coisa ao seu alcance e disposição, quer dizer, não basta o justo título (necessário para que a posse civil gere efeitos jurídicos), que pode não estar presente, verificado o efetivo trabalho empreendido na terra, a posse agrária gera efeitos jurídicos; 4- no que tange ao possuidor agrário, desde que esteja explorando economicamente o bem de modo a gerar o progresso e bem-estar social e econômico da comunidade, não há que se falar em possuidor de má-fé; diferente é a concepção de boa-fé na posse civil, que pressupõe a crença do possuidor de que não há vícios ou obstáculos a sua aquisição da coisa; 5- por fim, a posse agrária encontra a sua racionalidade no uso adequado da terra, apontando para um verdadeiro serviço ou função destinado à sociedade, já na posse civil, o possuidor está vinculado aos seus interesses privados e não à subsistência de sua comunidade.

Conforme veremos nos capítulos seguintes, com o advento da CF/88 e com a “constitucionalização do Direito Civil”, houve uma aproximação dos conceitos de posse civil e posse agrária. Em virtude da aplicação do princípio da função social da posse, o instituto passou a ser interpretado segundo uma nova ótica. A posse merecedora de proteção jurídica não é mais aquela em que se congregam os elementos *corpus* e *animus*. Para receber proteção jurídica, a posse deve cumprir sua função social, ou seja, deve servir à subsistência, à moradia, ao meio ambiente, aos interesses da coletividade.

2. LIMITES E POSSIBILIDADES DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE RURAL

O direito não deve ser confundido com aquilo que está escrito nos códigos, com aquilo que está legislado. Há que se libertar o jurista do formalismo jurídico, separando-se da concepção de que estudar o Direito é tão somente interpretar e aplicar as leis. Há que se observar que o Direito é plenamente influenciado pela realidade fática, que está sempre sofrendo mutações. É papel de todo operador do Direito estar atento às transformações sociais para, assim, adaptar o Direito aos anseios da coletividade.

A função social, seja da posse, seja da propriedade, está relacionada diretamente a essa concepção de que o Direito está em constante relação com a sociedade. Resulta do reconhecimento histórico das desigualdades sociais e econômicas e da necessidade de implementar soluções para as mazelas sociais. Também reflete a superação do individualismo e o fim de um Estado meramente observador para um Estado-garantidor com vistas à manutenção da harmonia social. É com este pensar que deve ser estudado o instituto da função social.

Neste capítulo buscaremos apresentar o instituto da função social, elucidando seu surgimento e suas peculiaridades no que tange à posse e à propriedade. Após, voltando-se prioritariamente ao tema deste trabalho, será analisado o instituto da função social da posse, mais especificamente da posse rural, no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, finalizando com a apresentação do tema na jurisprudência pátria.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PECULIARIDADES

Desde o Direito Romano podemos verificar a consagração da propriedade como direito absoluto. Mas é na Declaração de Direitos de 1789 que nos deparamos com a mais clara descrição do direito de propriedade inviolável e absoluto. Esta mesma visão individualista da propriedade foi adotada pelo Código Napoleônico de 1804, que dizia ser a propriedade direito de gozar e dispor de coisa de forma absoluta, e por outros códigos europeus que se seguiram a este.

Pouco depois do período napoleônico já se podia verificar algum esboço da função social da propriedade a partir da noção que se tinha de propriedade como bem comum. Após o advento do Código Civil Francês, muitas leis que traziam limitações ao direito de propriedade foram editadas na França, tendo o mesmo ocorrido na Itália, onde em 1865 (mesmo ano do Código Civil Italiano) foi criada a lei de expropriação, vigente até os dias atuais.

Podemos dizer que foi com a declaração dos direitos do homem de 1791 e com o Estatuto Albertino que essa concepção individualista começou a ceder lugar a uma concepção solidarista de propriedade.³² No referido Estatuto Albertino, já era possível identificar regras que excepcionavam a inviolabilidade da propriedade nos casos em que preponderasse o interesse público. Em 1919, a Constituição de Weimar (Alemanha) também significou grande avanço no sentido de favorecer a crescente idéia de se impor limites à propriedade. A referida Constituição alemã estabeleceu o emprego do capital e do trabalho sobre a terra e também estabeleceu que a propriedade obriga no sentido de que só pode ser legítima a ação individual na medida em que seja vantajosa para a coletividade. No mesmo sentido adotado pela Constituição de Weimar, a doutrina da Encíclica papal *Quadragesimo anno* (1931) reconheceu a existência de um dever ético e moral no que tange ao uso social da propriedade, devendo o proprietário fazer uso do solo condizente com uma função de interesse social. Vale lembrar que não se tratava de imposição de deveres ao proprietário, mas sim de limitar o direito de propriedade, antes tido por absoluto.

É certo que a função social da propriedade, nos diversos ordenamentos jurídicos, refletiu o momento político e a ideologia dominante da época. Exemplo disto é o Código Italiano de 1942 que, surgido durante a dominação da ideologia fascista, apresentou uma solidariedade eminentemente produtivista.

No Brasil, a idéia de uma visão social começou a se moldar com a Constituição de 1934, mas foi a Constituição de 1946 a primeira a incorporar a ideologia de uma propriedade social, já apresentando condições ao seu exercício. Em 1964, durante o Governo Castelo Branco, foi aprovada a Lei 4.504, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, o qual, além de estabelecer condições para a efetivação

³² ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. A função social da posse e suas conseqüências frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.49

da reforma agrária, em seu artigo 2º estabelece que a propriedade tem seu acesso garantido a todos desde que atendida a sua função social. Esta lei tinha os objetivos sonhados por qualquer dos grupos sociais que hoje lutam pela reforma agrária. Mas o Estatuto da Terra não saiu do papel, pois, não obstante muito avançada, possuía brechas que obstavam a reforma agrária. Apesar disso, representou um grande avanço no que se refere às diretrizes de uma nova ordem rumo à sonhada distribuição de terras. “A Constituição de 1967 limitou-se a garantir o direito de propriedade no *caput* do artigo que tratava dos direitos e garantias individuais (sem especificar seus termos, como faziam as Cartas anteriores), mas assumiu francamente, no seu artigo 157, que ‘a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios [...] III – função social da propriedade’”.³³ Finalmente, a Constituição Cidadã de 1988 transformou a função social em verdadeiro princípio constitucional, em condição *sine qua non* para o exercício do direito de propriedade.³⁴

Cabe ressaltar que a função social da propriedade deve visar à realização da pessoa humana e o respeito à sua dignidade, retirando a propriedade de sua posição estática. Há, pois, uma crise da perspectiva clássica de propriedade, sobrepondo-se ao direito subjetivo do proprietário, agora inserido na sociedade, o direito supraindividual da dignidade da pessoa humana. O direito de propriedade passa a ser sustentado não só pelo fato de representar uma extensão do poder do proprietário, mas por possuir uma utilidade social que reforça a sua estabilidade jurídica e lhe atribui legitimidade plena.

A função social da propriedade não constitui simples limitação (mero vínculo externo não delimitador de conteúdo e que apenas sacrifica a sua extensão), mas sim o próprio conteúdo do direito de propriedade. “A função social está integrada, pois, ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objeto de limitações que atendem a interesses de ordem pública ou privada”.³⁵ Não há mais a visão individualista de propriedade, que, agora, se projeta para além de seu

³³ CORTIANO, Erolths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Curitiba, 2001. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p.118.

³⁴ A função social na Constituição de 88 será abordada em tópico específico.

³⁵ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Ob. cit., p.52.

dono em harmonia com outros interesses que não os deste. “A função social integra a essência da propriedade de modo que, na modernidade, passou a constituir-se em garantia de tutela jurídica do direito de propriedade”.³⁶ Mas, dizer que a função social faz parte da essência da propriedade não significa dizer que a propriedade é mera propriedade-função em que se diluem os poderes proprietários. Significa, sim, dizer que o proprietário não mais é tido como um indivíduo isolado a quem se garante, através do ordenamento jurídico, certos direitos, passando a ser o proprietário considerado cidadão, ou seja, parte de um todo que é a sociedade.

A função social da posse não é figura nova da dogmática do direito privado, tendo relevância como forma de reinterpretar o direito de posse que, assim como os demais institutos jurídicos, deve ser compreendido sob uma ótica social, tendo-se em mente a importância da sua utilidade social. Tal tarefa interpretativa se concretiza na medida em que são analisados os princípios constitucionais em vigor com base no Direito Civil Constitucional³⁷ e com a interpretação sistemática do direito. Portanto, a posse deve ser compreendida levando-se em conta os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico como um todo, e não apenas analisando-se as normas de direito civil, pois estas, agora, não mais existem de maneira isolada, mas coexistem e se submetem à ordem constitucional.

Segundo Perlingieri,

No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar, portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações e ônus. A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.³⁸

³⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardoso. Ensaio hermenêutico para a tutela concreta da posse e da propriedade no direito brasileiro. Curitiba, 2001. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 314

³⁷ Segundo o Prof. Gustavo TEPEDINO, o fenômeno da “constitucionalização” do Direito privado levou as preocupações sociais e os valores estabelecidos pela CF/88 ao ápice do sistema normativo. A centralidade do sistema saiu do Código Civil e passou para a Constituição. In. “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, p. 73-78, abril/mai./jun. 1989.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.107.

Dessa forma deve ser compreendida a posse, como interesse individual tutelado e que deve ter uma perspectiva solidarista.

A função social da posse é reconhecida por si mesma, e não em decorrência da funcionalização de outro direito real. Quer dizer, foi a necessidade social de ter a terra para o trabalho, para a moradia e para as necessidades básicas do homem, que pressupõem a sua dignidade, cidadania e direito de proteção de sua personalidade e de sua vida, que levaram ao surgimento da noção de função social da posse.

A função social da posse não significa simplesmente uma limitação ao direito de posse, mas sim constitui exteriorização de seu conteúdo que possibilita uma visão de sua utilidade social e de sua autonomia frente aos demais direitos reais, principalmente com relação à propriedade. Há, inclusive, que se ressaltar que a posse dotada de função social pode, concretamente, concorrer com o direito de propriedade, em havendo uma colisão entre os princípios da função social da posse e função social da propriedade.

A propriedade *tem* uma função social, princípio jurídico aplicado ao exercício das faculdades e poderes que lhe são inerentes. (...) A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade. (...) A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade.³⁹

O direito de posse esteve sempre ligado aos interesses vitais da sociedade e tem importância não só por ser forma de contato do homem com a terra, mas por gerar aproveitamento do solo pelo trabalho em consonância com as exigências pessoais e sociais. É através da posse que o homem transforma a natureza em proveito de todos. “A posse, como instituto jurídico, tem sua legitimidade na lei, mas também no fato social, porque decorre da natureza humana, preexistindo à lei”.⁴⁰

³⁹ FACHIN, Luiz Edson, A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p 19.

⁴⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira, Ob. cit, p.15

O princípio da função social da posse não tem como função limitar o direito de posse. Ao contrário, a função social tem a finalidade de valorar o conteúdo e o fim da posse, dar novo alcance ao instituto, a fim de se poder alcançar uma posse que esteja de acordo com as necessidades sociais, uma posse que se equipare à propriedade.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a que mais profundamente tratou do tema atinente à propriedade. Já no *caput* do artigo 5º, ao tratar de direitos fundamentais garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, há a preocupação de se garantir o direito às propriedades, seguindo a idéia iniciada pelo liberalismo. Mas a Carta Magna, tendo em vista que se propôs a ser uma Constituição Cidadã, preocupada com os assuntos sociais, não poderia simplesmente garantir o direito de propriedade. Nesta linha, no seu inciso XXIII, diz que a propriedade será garantida desde que atendida a sua função social. Ou seja, o cumprimento da função social torna-se condição de existência do direito de propriedade, ficando alijada da garantia constitucional aquela propriedade que não atende integralmente este princípio.

No referido artigo (artigo 5º. CF/88), o constituinte apenas disse que a propriedade estaria vinculada à função social sem, no entanto, dizer no que ela consiste. Buscando esclarecer o que seria essa função social, o constituinte, no artigo 186, estabeleceu que a propriedade que cumpre sua função social deve ter aproveitamento racional, ter seus recursos naturais aproveitados adequadamente, mantendo o respeito ao meio ambiente. às leis trabalhistas, provendo o bem-estar do proprietário e dos trabalhadores, bem como que esses requisitos devem ser atendidos simultaneamente, não bastando o cumprimento de um ou alguns deles. Mais adiante, no artigo 184, estabeleceu o constituinte que os imóveis rurais que não cumprem sua função social serão desapropriados pela União para fins de reforma agrária, ou seja, o proprietário que se abstém do cumprimento da função social perde a proteção constitucional, sujeitando-se a perder seu direito mediante indenização. Por fim, no artigo 243, coloca-se que as glebas onde forem

encontradas plantações de plantas psicotrópicas serão desapropriadas e destinadas ao assentamento de colonos.

Da análise do texto constitucional podemos compreender o verdadeiro alcance que o legislador constituinte pretendeu dar à função social da propriedade, que deve ser instrumento para a concretização da justiça social, do bem comum, da realização da dignidade da pessoa humana, bem como de todos aqueles direitos a que faz referência o Preâmbulo da CF/88.

Uma vez que o inciso XXIII, do artigo 5º da CF/88 coloca claramente que “a propriedade atenderá a sua função social”, verificamos que o princípio da função social da propriedade está colocado de forma expressa no texto constitucional, o que não ocorre com o princípio da função social da posse que, como veremos, está implícito no ordenamento jurídico.

A posse possui função social própria, a qual não está vinculada, em termos conceituais, ao modelo conceitual abstrato de posse retirado do Código Civil. É mais do que isto, a função social da posse liga-se ao dever social da posse frente à realidade social, exigindo um aprofundamento interpretativo na direção do princípio da dignidade da pessoa humana. A posse é instituto de grande relevância social, na medida em que possibilita ao homem prover o seu sustento de forma digna. “A questão, pois, da função social da posse traz com ela o problema de se perquirir acerca dos valores sociais que lhe são subjacentes, como o valor à vida, à saúde, à moradia, à igualdade, à justiça, todos procurando, da mesma forma, sustentar o princípio da dignidade da pessoa humana como esteio mantenedor do estado democrático de direito”.⁴¹

A função social da posse decorre, nesta linha, do claro conteúdo social do instituto jurídico da posse. Usando de interpretação sistemática e com base na hermenêutica constitucional, podemos concluir que a função social da posse é verdadeiro princípio constitucional que, no entanto, diferentemente do que ocorre com o princípio da função social da propriedade, está implícito no ordenamento jurídico.

Segundo Eros Roberto Grau, princípios implícitos são aqueles “inferidos como resultado da análise de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação

⁴¹ Idem, p.17

infraconstitucional”.⁴² O fato de ser um princípio implícito não lhe retira eficácia e normatividade, estando no mesmo patamar dos princípios explícitos. “Em todo o ordenamento jurídico existem diversos princípios não-escritos que permeiam a atuação dos órgãos públicos, e inspiram as decisões judiciais”.⁴³ Tanto os princípios explícitos quanto os implícitos possuem caráter de norma constitucional, possuindo, desta feita, a mesma força normativa, apesar de os princípios explícitos gozarem de maior concretude.

É provável que para a Constituição a função social da posse esteja inserida na dinâmica da história e da sociabilidade que o ordenamento jurídico contempla e tutela na medida do seu acontecer. Mas é provável também que o texto constitucional tenha preferido tutelar de forma explícita a função social da propriedade, que é compatível com a existência do mercado e do sistema de trocas, e tenha evitado fazê-lo em relação em relação à função social da posse para não correr o risco de revigorar o valor de uso em detrimento do valor de troca.⁴⁴

Posto isto, há que se reconhecer que a função social da posse é princípio constitucional e como tal dotado de plena eficácia. É certo que a Constituição Federal de 1988 não o tratou de forma explícita, mas isso não é empecilho ao seu reconhecimento, como já dito. Portanto, o princípio da função social da posse, assim como os demais princípios constitucionais, deve ser tido como base para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, inclusive do próprio texto constitucional.

2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

No início, o direito civil (ou direito privado) era tido como a espinha dorsal de todo o direito. Havia uma separação nítida entre o chamado direito público (constitucional) e o direito privado (direito civil). O direito civil regulava as relações dos indivíduos entre si e o direito público regulava o Estado. Era o direito civil um dos ramos mais distantes do direito constitucional. Tal configuração de afastamento entre esses dois ramos do direito não mais podemos verificar. Hoje, após o que se

⁴² A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 136.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 307

⁴⁴ OLIVEIRA, Francisco Cardoso, Ob. cit. p. 332.

convencionou chamar de “Constitucionalização do Direito Civil” temos o “Direito Civil Constitucional”. Agora, o jurista deve analisar o Código Civil e demais leis de acordo com a Constituição Federal, e não mais analisar a Constituição tendo por base a codificação civil, como outrora ocorria.⁴⁵ A centralidade do ordenamento jurídico migrou do Código Civil para a Constituição Federal.

“A constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”.⁴⁶ Agora, a unidade do sistema jurídico é dada pela Constituição Federal, norte interpretativo para toda e qualquer norma. Os princípios colocados na Constituição devem estar sempre presentes para uma correta interpretação do direito. É tendo em mente a nova ordem jurídica, que valoriza a vida digna do ser humano, que devemos analisar a função social da posse no Código Civil de 2002.

Na ordem jurídica brasileira, a funcionalização está direcionada para o objetivo de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos princípios e direitos fundamentais, entre eles, o de assegurar a redução de desigualdades e de promover o desenvolvimento nacional e o bem-estar de todos, conforme o disposto no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988.⁴⁷

Isso significa dizer que a posse e a propriedade estão, agora, regidas por normas que devem ser interpretadas sob uma ótica personalista, ou seja, reconhecendo-se que a dignidade da pessoa humana é o valor maior que se pretende proteger.

No que se refere ao tratamento da posse e da propriedade, o Novo Código Civil trouxe inovações importantes. Como já dito anteriormente (1.2.2), a nova codificação civil, manteve a adoção da teoria de Ihering no que se refere à posse, conforme se verifica do artigo 1.196, que define a posse como sendo o exercício pleno ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Segundo Flávio

⁴⁵ Não há que se confundir o fenômeno da constitucionalização com o da publicização. Conforme coloca Paulo Luiz Neto Lobo (Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina a 3 n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 07 set. 2005.), “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos.[...] a publicização deve ser entendida como processo de intervenção legislativa infraconstitucional...”

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardoso, Ob. cit., p. 324-325

Tartuce ⁴⁸, o Código teve a oportunidade de adotar expressamente a teoria sociológica da posse (defendida por Saleilles), que considera a função social da posse, mas não aproveitou a chance. Segundo a referida teoria, além de estarem presentes os elementos material e subjetivo, para a existência de posse há que se verificar as condições econômicas, se a posse está sendo exercida de acordo com as necessidades que lhe deram origem. ⁴⁹

Independente do fato de não ter tratado de forma expressa a função social da posse ⁵⁰, entende-se que tal princípio está, assim como na CF/88, implícito na codificação civil, principalmente em virtude da valorização da posse-trabalho e da redução dos prazos para a usucapião.

A usucapião é, resumidamente, direito autônomo que consiste em uma das formas de adquirir a propriedade móvel ou imóvel, conforme se verifique presentes os requisitos legais. O artigo 1.238 estabelece a chamada usucapião extraordinária, *in verbis*: “Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”. Este instituto já era previsto pelo Código Civil de 16, mas o prazo era de 20 anos. Já nesta redução de 20 para 15 anos contida no *caput* do artigo 1.238 podemos verificar uma preocupação do legislador com a importância do instituto da posse para a sobrevivência do homem. Mas é no parágrafo único do referido artigo que podemos ver claramente a adoção do princípio da função social da posse, já que o prazo de 15 anos fica reduzido para 10 caso o possuidor tenha estabelecido moradia ou tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel. Ou seja, tem-se a redução do prazo para a usucapião de imóvel desde que a posse esteja sendo destinada à moradia ou ao trabalho socialmente relevante.

No artigo 1.242, que trata da usucapião ordinária, tem-se, na mesma linha do acima exposto, a adoção do princípio da função social da posse, na medida em que o prazo de 10 anos estabelecido para qualquer possuidor com justo título e boa-

⁴⁸ A função social da posse e da propriedade e o Direito Civil Constitucional. Disponível em: <<http://www.epdireito.com.br/epd/publier4.0/texto.asp?id=59>>. Acesso em: 07 set. 2005.

⁴⁹ Sobre a teoria sociológica da posse, ver ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira, ob. cit.

⁵⁰ Segundo Flávio Tartuce, Ob.cit., há o Projeto nº6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que propõem a alteração do artigo 1.196 utilizando-se da teoria sociológica da posse.

fé é reduzido para 05 anos, caso o possuidor tenha no imóvel estabelecido moradia ou realizado trabalho de relevância social. Por fim, também o artigo 1.228, §§ 4º e 5º, que trata da “desapropriação judicial por posse-trabalho”, evidencia a função social da posse. Essa forma de usucapião é aquela em que considerável número de pessoas ocupa extensa área, de forma ininterrupta e de boa-fé, tendo no imóvel realizado obras de relevante caráter social e econômico.⁵¹

Em todos estes casos supramencionados, verificamos a presença da função social da posse, já que há preocupação e proteção diferenciada ao possuidor que utiliza o imóvel para moradia ou para produções com relevante caráter social e econômico. Essas disposições estão em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que dá ênfase à questão da moradia e da subsistência, e com as propostas de erradicação da pobreza e eliminação das desigualdades sociais.

⁵¹ Não se confunde a desapropriação por posse-trabalho com a usucapião coletiva, já que naquela há uma indenização a ser paga pelos ocupantes ao proprietário, tendo em vista a natureza privada da inovação, e na usucapião não há pagamento de qualquer indenização. Conforme Flávio Tartuce, Ob. cit.

3. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE RURAL

O tema da função social da posse é palco de muitas discussões, sejam teóricas (como se viu acima), sejam práticas. Possuir terras sempre foi e continua sendo forma de acumulação de riquezas. Os grandes proprietários, visando à especulação imobiliária, adquirem vastas extensões de terras e as mantêm com reduzida exploração, com reduzida produtividade para que quando ocorram as obras públicas que almejam esteja mais valorizado seu imóvel. “(...) mantendo a terra inativa ou mal aproveitada, o proprietário absenteísta ou descuidado veda ou dificulta o acesso dos trabalhadores da terra ao meio de que necessitam para viver e produzir”.⁵²

É justamente quando ocorre a má utilização da posse da terra que aparece a questão da função social. Questiona-se se apenas a ausência de utilização poderia caracterizar o não cumprimento da função social ou se basta a má utilização, uma utilização que não sirva às finalidades da posse da terra, quais sejam, a moradia e o sustento do homem. Definir quando está sendo cumprida ou não a função social, seja da posse seja da propriedade, é problema que deve, necessariamente, perpassar pelas questões que se apresentam no mundo fático.

3.1 AS RELAÇÕES INTERINDIVIDUAIS E COLETIVAS

Neste ponto, o principal assunto a ser tratado diz respeito aos movimentos sociais que lutam pelo acesso à terra, pela dignidade dos trabalhadores rurais despojados de seu meio de subsistência em virtude da especulação imobiliária e dos avanços tecnológicos ocorridos no meio rural. Não podemos nos esquecer, no entanto, que nem todas as disputas que dizem respeito à posse e que envolvem a sua função social ocorrem entre os proprietários e os grupos que formam os movimentos sociais. Há, também, casos de disputas interindividuais, aos quais se deve fazer referência.

⁵² SODERO, Fernando Pereira. Curso de Direito Agrário 2 – O Estatuto da Terra. Fundação Petrônio Portella, MJ, Brasília, 1982, p. 25 *apud* ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito. Frederico Westphalen, Ed. da URI, 1998, p.69

Conforme o que já se expôs, a função social da posse, apesar de não constar expressamente da lei, é princípio imanente à posse e está contido de forma implícita no ordenamento jurídico. Como princípio constitucional, a funcionalização da posse deve pautar toda interpretação das leis infraconstitucionais e ser base para a aplicação do direito ao caso concreto. Disso se retira que, diante de um conflito entre, por exemplo, os interesses de um proprietário que não exerce o direito de propriedade segundo sua função social e os de um possuidor, cuja posse atende a este princípio, deverá o julgador optar por privilegiar a posse, que cumpre a função social. Vale ressaltar que, conforme exposto, a propriedade somente merece proteção jurídica se cumprir sua função social. Da mesma forma, a posse só merece ser protegida pelo Direito se funcionalizada.

Há que se ter em mente, quando se está diante de um conflito entre os princípios da função social da posse e da propriedade, que não há hierarquia entre princípios jurídicos, independente do fato de um estar expresso e o outro estar implícito no ordenamento. A solução deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade dos bens, exigindo a ponderação de bens e valores por parte do julgador.

Exigir-se-á naturalmente que a ponderação dos bens em confronto não privilegie os interesses do Estado ou os interesses dos proprietários, pois estará em conflito, ao lado do princípio da função social da posse, o interesse de milhares de excluídos que não têm como efetivar o direito constitucional de propriedade, tampouco o direito à cidadania, o direito à vida, à liberdade e a uma existência digna.⁵³

Nesta linha, vê-se que a posse que cumpre sua função social pode prevalecer até mesmo diante do direito de propriedade, desde que esta não cumpra sua função social. Da mesma forma ocorre quando há um conflito entre dois possuidores. Não há que se perquirir a existência ou não de justo título; prevalecerá, sempre, a posse que cumpre a sua função social.

A mesma linha de pensamento deve ser adotada quando se está diante de conflitos coletivos relacionados à terra.

Desde a chegada do colonizador português, começaram as lutas contra o cativo, contra a exploração e conseqüentemente contra o cativo da terra, contra a expulsão, que marcam as lutas dos trabalhadores. Das lutas dos povos indígenas,

⁵³ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Ob. cit., p. 211-212

dos escravos e dos trabalhadores livres e, desde o final do século passado (século XIX), dos imigrantes, desenvolveram-se as lutas camponesas pela terra. Lutas e guerras sem fim contra a expropriação produzida continuamente no desenvolvimento do capitalismo.⁵⁴

A grande concentração de terras nas mãos de poucos e o desenvolvimento do capitalismo fizeram surgir, ao longo da história brasileira, um grande exército de trabalhadores rurais sem-terra. Esses camponeses, despojados de seu meio de subsistência e de sua morada, organizam-se, então, para lutar contra a injusta estrutura fundiária brasileira. As lutas entre camponeses e latifundiários se espalham por todo o país ao longo dos anos: Canudos (1896/97), Contestado (1912/16), o Cangaço, as Ligas Camponesas (por volta de 1945), a União dos lavradores e trabalhadores agrícolas – ULTAB (1954), Comunidades Eclesiais de Base – CEB's (início da década de 60), Comissão Pastoral da Terra (1975), Movimento dos Trabalhadores Sem Terra – MASTER (Rio Grande do Sul), Movimento dos Sem Terra – MST, dentre outros.

Podemos identificar o nascimento das tensões sociais com o desenvolvimento do Capitalismo, que trouxe exclusão e privação de grandes grupos de pessoas aos meios para satisfazerem suas necessidades materiais. Essas necessidades relacionam-se diretamente com os bens patrimoniais, como a posse, moradia, solo urbano e propriedade agrícola. Esses grupos de pessoas, que formam os movimentos sociais, são chamados por Wolkmer⁵⁵ de atores ou sujeitos coletivos, são os novos sujeitos históricos legitimados para a produção legal não-estatal.

Foi com a passagem do Direito Civil tradicional, marcado pelo monismo das fontes do Direito (só o Estado era fonte de toda produção do Direito), para o Direito Civil Contemporâneo que os ditos atores coletivos passaram a ter reconhecimento jurídico. O Direito Civil Contemporâneo é marcado pelo pluralismo das fontes do Direito, e por “uma perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formais

⁵⁴ FERNANDES, Bernardo Mançano. Brasil: 500 anos de luta pela terra. Disponível em : <<http://www.agbcuritiba.hpg.ig.com.br/textos/brasil500.htm>> (Transcrito da *Revista de Cultura Vozes*, número 1, ano 93, Editora Vozes, Petrópolis, 1999). Acessado em: 18 set 2005.

⁵⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

positivistas”.⁵⁶ O pluralismo jurídico desse Novo Direito Civil é a expressão de um “novo” Direito que se estabelece em substituição ao modelo estatal liberal-positivista que já não dá conta de regular os conflitos do sistema e restaurar a sua ordem. O modelo antes mostrou-se incapaz de sanar as carências e necessidades por direitos que surgem no meio social.

Com a nova ordem, o Estado deixa de ser fonte única do Direito passando a figurar também como fonte de Direito os fatos sociais. O que antes somente era reconhecido às relações individuais (apenas se reconhecia a possibilidade de titularidades individuais de direitos), passa a ser também reconhecido às relações coletivas. Os sujeitos de direito coletivos passam a figurar no mundo jurídico, quer dizer, a nova ordem passa a dar juridicização às titularidades coletivas e difusas. É neste ponto que encontramos os grupos de sujeitos que formam os movimentos sociais, que passaram a ter reconhecimento jurídico enquanto coletividade que é titular de direitos.

Destacam-se, hoje, três principais movimentos sociais envolvendo a luta pela terra: os posseiros, os sem-terra e os “afogados das barragens”. Posseiros são aqueles ocupantes de terras devolutas que lutam contra os grandes proprietários que, através de ações de grilagem (grilagem é a obtenção de títulos de terras de forma ilegal), os expulsam das terras que ocupavam sem justo título de posse. Trata-se, aqui, na verdade de um conflito entre a legitimidade da posse sem justo título do camponês e a legalidade da propriedade, adquirida através da grilagem. É a luta do homem do campo que retira da terra o sustento de sua família e de sua comunidade contra os latifundiários que em grande parte somente estão interessados na especulação imobiliária.

Os chamados “afogados das barragens” são aqueles camponeses que lutam contra a desapropriação estatal destinada a construção de barragens. Esses camponeses têm suas terras inundadas pelas águas das hidrelétricas e lutam não apenas contra a expropriação da terra pelo Estado, mas também por melhores preços para as indenizações, por novas terras para o cultivo e para que lhes seja concedido maior prazo para deixarem as terras desapropriadas.

⁵⁶ Idem, p. XV.

O Movimento dos Sem Terra (MST) é um dos principais movimentos camponeses em atividade no campo hoje. O movimento tenta romper com a ordem econômica baseada na manutenção de privilégios aos grandes proprietários. Os sem-terra lutam pela democratização do acesso à terra, pelo direito de serem cidadãos, de integrarem o processo produtivo, pelo direito de sobreviver, em suma, lutam pelo direito de terem sua dignidade humana respeitada.

A estratégia de atuação do MST é a ocupação de terras ociosas, que não cumprem sua função social. Através dessas ocupações, pressionam o governo para que este faça cumprir a Constituição Federal e as legislações ordinárias que ordenam que as propriedades que não cumprem sua função social devem ser desapropriadas para fins de reforma agrária. Após a ocupação da terra improdutivo, nela estabelecem a moradia de inúmeras famílias, que ali começam a produzir para alimentar o grupo. Quer dizer, os ocupantes tomam a posse da terra e cumprem a sua função social.⁵⁷

Promovida a ocupação da propriedade tida por improdutivo, surge um conflito entre os sem-terra (posse coletiva) e o proprietário. De um lado está o direito de propriedade do proprietário que deixou de cumprir a função social: de outro lado, está o direito dos camponeses de ter acesso à terra e de ter sua dignidade reconhecida.

3.2 AS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Um dos efeitos da posse é o direito aos interditos, medida defensiva contra pretensão de terceiro na esfera jurídica do possuidor. A proteção por meio dos interditos independe da qualidade da posse, ou seja, “pode ser invocada tanto pelo que tem posse justa, como injusta, de boa ou má-fé, direta ou indireta”.⁵⁸ Destinam-se as ações possessórias à defesa da posse contra atos de ameaça ou lesão: quer dizer, ao possuidor confere-se a possibilidade de vir em Juízo requerer providências

⁵⁷ Não se pretende, aqui, fazer qualquer juízo de valor acerca da legalidade e legitimidade das ocupações promovidas pelos sem-terra. A intenção é somente mostrar a existência do conflito coletivo sobre a terra, conflito este que deverá ser solucionado pelo Judiciário, através da análise dos princípios e normas do ordenamento jurídico, buscando dar maior efetividade à função social da posse rural.

⁵⁸ GOMES, Orlando. Direitos Reais. – 19ª ed. Atualizada / por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 79

que cessem a lesão ou a ameaça de lesão ao seu direito. Distinguem-se as ações possessórias das ações petitórias, já que estas são destinadas a proteger a propriedade.

Podemos encontrar na doutrina dois grupos de teorias que buscam estabelecer o fundamento da proteção possessória: as teorias absolutas e as teorias relativas. As teorias absolutas entendem ser a posse em si mesma o fundamento da proteção possessória, não havendo correlação da posse com outro instituto jurídico ou princípio. Neste grupo de teorias, as principais são: a teoria da vontade, para a qual a posse é protegida por ser um ato de vontade; e a teoria da posse como categoria econômica independente, segundo a qual se protege a posse por ser forma de apropriação de bens, servindo à satisfação das necessidades humanas.

Dentro do grupo das teorias chamadas relativas, que explicam a proteção possessória “como aspecto da garantia oferecida pelo direito em razão de ordem geral ou especial a que esteja ligada”⁵⁹, encontramos três teorias principais. A teoria da interdição da violência vincula a proteção da posse a uma consideração de ordem social, ou seja, protege-se a posse porque assim se está a proteger o grupo social contra a violência. Para a teoria do respeito à personalidade humana, protege-se a posse uma vez que a sua turbação atenta contra a pessoa humana, o que não pode ser tolerado. Por fim, a teoria da defesa complementar da posse, defendida por Ihering, como o próprio nome já deixa claro, vincula a proteção possessória à proteção da propriedade.⁶⁰ As teorias relativas encontram o fundamento da proteção possessória em elemento /princípio estranho à posse.

O artigo 1210⁶¹ do Novo Código Civil disciplina a proteção possessória, que se dá nos casos de turbação, esbulho ou justo receio de ser molestado. A autodefesa do possuidor, em regra, não é permitida. Somente quando as circunstâncias em que se dá a agressão exigem pronta, enérgica e imediata repulsa

⁵⁹ *Idem*, p. 89

⁶⁰ Tendo em vista não ser o objetivo do presente trabalho tratar exaustivamente da proteção possessória e seu fundamento, procurou-se, aqui, tão somente apresentar uma visão geral das principais teorias acerca do fundamento da proteção possessória. Para um estudo mais detalhado, ver Gomes, Orlando, *Ob. cit.*

⁶¹ “Art. 1210 - O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.”

é que se admite, excepcionalmente, a autodefesa do possuidor. Nesses casos é legítima a autodefesa, que se chama de “desforço in continenti” (artigo 1210, §1º).⁶²

Tradicionalmente, os interditos possessórios são três: a manutenção, a reintegração e o interdito proibitório. Essa é posição defendida por inúmeros civilistas e processualistas, dentre os quais se encontra Nelson Nery Junior. Segundo este autor⁶³, as ações possessórias são aquelas que se destinam à proteção do direito de posse, sendo seu caráter determinado não apenas pelo pedido que se faz, mas também pela causa de pedir, pelos fundamentos do pedido. Quer dizer, só se caracteriza como sendo tipicamente possessória a ação em que a causa de pedir for a posse e o pedido for a proteção dessa posse, sendo irrelevante o nome que o autor dá à ação. Para o referido autor, portanto, só podemos encontrar uma verdadeira ação possessória nos três interditos tradicionalmente reconhecidos.

Mas a posição tradicional não é a única existente. Há, também, a posição daqueles que se colocam favoráveis à ampliação do sistema de defesa da posse. Para essa acertada doutrina, incluem-se no rol das ações possessórias as ações de imissão na posse, a ação de nunciação de obra nova, os embargos de terceiro senhor e possuidor e a ação de dano infecto.

As proteções possessórias consistem fundamentalmente, com efeito, no direito do possuidor a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído no de esbulho. Mas, algumas vezes, o ataque à sua posse realiza-se de forma que autoriza a defesa por outros meios processuais que não os interditos tradicionais. É possível que nesses casos não defenda a posse propriamente dita, mas, sim, o direito de propriedade, mas, se a posse é protegida como fim de aliviar e facilitar a defesa da propriedade, será conveniente, nesses casos, que a reação do proprietário se cumpra mediante ação possessória.⁶⁴

As ações possessórias devem ser analisadas sob uma ótica diferenciada. Com a introdução no ordenamento jurídico dos princípios da função social da posse e da propriedade, deve-se compreender as ações possessórias não como simples instrumento de proteção do instituto da posse. Deve-se ver nas ações possessórias

⁶² “Art. 1210

§1º – O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

⁶³ Proteção Judicial da posse. in. Revista de Direito Privado – 7, p. 104-127.

⁶⁴ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 99.

meio eficaz de se promover a realização da justiça agrária e social, na medida em que é através destes interditos que se torna possível dar primazia à posse que cumpre a sua função social sobre um direito de propriedade, ou mesmo sobre uma posse, que não a cumpre. Dizendo-se de outro modo, é por meio das ações possessórias que se solucionam os conflitos de terras e que se efetivam, pois, os princípios constitucionais da função social (da posse e da propriedade), e da dignidade da pessoa humana, em última análise.

Podemos concluir que somente merece proteção através de ação possessória a posse que, seja ela exercida pelo proprietário, ou indiretamente por pessoa que não se identifica com este, em razão dos princípios elencados na Constituição Federal e das normas que regulamentam a matéria (interpretadas sob a luz constitucional), recaia sobre terras que cumprem a sua função social em todos os seus elementos, quais sejam o econômico, ambiental e social.

3.3 JURISPRUDÊNCIA: PRONUNCIAMENTOS RECENTES

Pretende-se aqui fazer uma breve análise de como a jurisprudência tem tratado o tema da função social da posse rural. Para isso, escolheu-se por apresentar algumas decisões e, a partir delas, analisar o tratamento do tema.

O intuito do presente trabalho é apresentar o tema da função social da posse rural e explicitar como este é tratado pelo ordenamento jurídico. Como sabemos, não faz sentido a existência de um instituto jurídico cujo tratamento está dissociado da realidade fática, dos acontecimentos sociais. O Direito, como ciência social e humana que existe para a sociedade e por causa desta. Por isso, temos que, mais do que somente prescrever ações, direitos, condutas e sanções, o Direito deve estar atento às mudanças e anseios sociais para que possa cumprir seus fins.

Todos os três poderes do Estado devem, em consonância com os fundamentos e fins do Estado Democrático de Direito, buscar dar efetividade aos direitos e garantias dos cidadãos, fazendo justiça social e dando concretude ao princípio maior a que se deve atender, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Assim deve ser a atuação do Poder Judiciário que, na aplicação do direito positivado aos casos concretos, deve buscar dar ao direito posto a interpretação que mais se aproxime da realização da justiça social. É na solução dos conflitos levados ao

Judiciário que os direitos e garantias dos cidadãos podem ser efetivados. É, pois, papel do Poder Judiciário promover, através da interpretação e aplicação das normas jurídicas, a paz social, a justiça e garantir a todos uma vida digna.

No que se refere especificamente ao princípio da função social da posse rural, temos que o magistrado ⁶⁵, quando diante de uma situação na qual deve analisar se um imóvel está ou não cumprindo a sua função social, deve analisar se restam cumpridos todos os requisitos que compõem o conteúdo da função social: aproveitamento racional e adequado da terra; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis; preservação do meio ambiente; respeito às leis trabalhistas; exploração favorável ao bem-estar do possuidor/proprietário e dos trabalhadores. Mas essa análise não deve ser dar de forma objetiva. Cada caso possui peculiaridades que devem ser observadas para que o cumprimento da função social não venha a tornar inviável o uso da terra pelo camponês.

Nesta linha, precisa foi a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na análise de Apelação Cível quando afirmou que o plantio da terra deve estar de acordo com as condições financeiras daquele que explora a terra, não sendo adequado exigir-se exaustiva exploração para que esteja configurada a função social.

REINTEGRAÇÃO - Posse - exploração inadequada da terra - Inocorrência - Plantio consoante as condições financeiras do proprietário - Função social da propriedade atendida - Hipótese, ademais, de existência de regra constitucional a propiciar tutela específica ao pequeno proprietário rural - Recurso parcialmente provido. (Relator: Villa da Costa - Apelação Cível nº 194.578-1 - Araraquara - 10.11.93)

Outra preocupação pertinente é a de que, quando diante de um conflito de terras, o juiz deve-se tomar a decisão que cause menos gravames aos envolvidos. Se há uma ocupação efetivada por várias famílias de sem-terras e o proprietário do imóvel promove ação de reintegração de posse, o magistrado, verificando que a propriedade não cumpria sua função social e que, se efetivar a reintegração de posse causará gravame irreparável aos milhares de despossuídos, deve negar a reintegração ao proprietário e manter na posse as famílias de sem-terra. Isso porque a propriedade que não cumpre a sua função social não merece proteção jurídica. É

⁶⁵ Entenda-se aqui magistrado como sendo todos os julgadores: juizes monocráticos, Tribunais etc.

certo que não se deve dar guarida à situações de ilegalidade, de invasões violentas que buscam forçar a realização da Reforma agrária. No entanto, não pode o Judiciário fechar os olhos para a real situação de miserabilidade desses milhares de sem-terra e suas famílias. Há que se fazer um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais para que a melhor decisão, tendo em vista os interesses sociais, seja tomada. Se a posse dessas famílias está de acordo com a função social constitucionalmente estabelecida, não deve ser negada proteção a ela. Este foi o pensamento adotado pelo Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo.

AÇÃO POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Invasão coletiva em área de terras particulares - Milhares de pessoas que, se desalojadas, não terão para onde ir - Fato que faz com que o princípio da função social da propriedade seja invocado - Particular que deve buscar no Poder Público a indenização a que faz jus decorrente da desapropriação indireta Inteligência do art. 2º, IV, da Lei 4.132/62 e art. 5º, XXIII, da CF (1º TACivSP) - RT 811/243

Por fim, entendemos relevante apresentar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em Apelação Cível envolvendo uma agricultora que pretendia ser mantida na posse de parte de imóvel rural desapropriado pelo INCRA para fins de reforma agrária. O INCRA pretendia fosse a autora retirada das terras tendo em vista que cabia a ele, enquanto órgão responsável pela reforma agrária, escolher as famílias para assentamento.

Nesta decisão foi mantida na posse a autora tendo em vista que exerce tal direito no estrito cumprimento da função social da posse rural, ou seja, na terra tem sua moradia, dela retirando sua única fonte de sustento. Acertada com os preceitos constitucionais a decisão que indeferiu a tentativa do INCRA de retirar a autora da posse em virtude de ser sua a competência para dizer quais são as famílias a serem assentadas no imóvel, já desapropriado para fins de reforma agrária. O desapossamento da autora significaria, como bem salientado, lançá-la à condição de sem-terra, significaria não dar proteção jurídica à posse por ela exercida e que cumpria sua função social.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. DISTRIBUIÇÃO DE TERRAS DESAPROPRIADAS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. ART. 189. DA CF/88. ORDEM PREFERENCIAL. ART. 19, DA LEI Nº 8.629, DE 25.02.93. 1. Ação manejada com vistas à manutenção da autora na posse de gleba incrustada em imóvel desapropriado para fins de reforma agrária, em função de ameaças de despejamento, por não ter sido ela agraciada com a distribuição dos lotes pelo

INCRA. A autarquia se insurge contra a pretensão da apelada, por entender que seria o órgão competente para promover a execução da reforma agrária, inclusive no que toca ao recrutamento e à seleção de indivíduos e famílias a serem assentados nos núcleos de colonização em terras desapropriadas com essa finalidade. Outrossim, assevera que não seria conveniente o assentamento da autora, à medida que existiria situação conflituosa entre a família dela e os novos posseiros, em vista da condição de ex-empregado do expropriado, titulada pelo esposo da postulante. 2. Ao INCRA incumbe a gestão, por assim dizer, da reforma agrária, em todas as suas fases, especialmente naquela em que se corporificarão os efeitos a que se destina o processo administrativo agrário, qual seja a de assentamento dos que, selecionados por sua vinculação à terra, realizarão a função social da propriedade. Entretanto, esse conjunto de atribuições reconhecidas à autarquia não pode ser manejado como forma de embaraçar a aplicação de disposição expressa de lei. 3. Nos termos do art. 19, II, da Lei nº 8.629/93, que regulamentou o art. 189, da CF/88, terão preferência na obtenção do título de domínio e concessão de uso de área, desapropriada para fins de reforma agrária, "os que trabalhem no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários" (segundo grau de preferência). 4. Dos autos se depreende que **a autora lavra a terra; que ela já trabalhava no imóvel por ocasião da desapropriação** (sendo o seu esposo assalariado do antigo proprietário); que ela **ostenta situação financeira minguada; que ela não possui qualquer outra propriedade para a qual pudesse se deslocar**; que o INCRA não tomou providências no sentido de reinstalá-la em outro terreno (de modo que **seu despejo implicaria, contraditoriamente, em lançá-la à situação de "sem-terra"**); que o principal motivo para o não assentamento da autora e da sua família - conflito com os novos assentados - não se concretizou, não tendo sido relatado nos autos qualquer incidente desde os idos de 1996, quando a autora foi inicialmente mantida na posse, com inviabilidade da convivência. 5. Pelo não provimento da remessa necessária e da apelação. (TRF5 – AC – APELAÇÃO CIVEL – 122094. Processo: 9705289409. UF: PB. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Data da Decisão: 28/09/2004)

Analisando-se as decisões supra mencionadas, podemos ver que há grande preocupação do Judiciário em dar plena efetividade ao princípio da função social quando da análise das questões relacionadas à questão agrária. Mas a aplicação do referido princípio, como se vê, não se dá de forma irresponsável. Tem-se que o Judiciário tem aplicado o princípio da função social de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Podemos concluir, pois, que a aplicabilidade do princípio da função social da posse rural deve ser garantida pelo Judiciário quando da resolução dos conflitos possessórios. A posse rural deve, sempre, servir aos interesses sociais, deve servir a terra de meio de realização da dignidade da pessoa humana, já que é dela que o homem do campo retira seu sustento, é nela que estabelece sua morada. Enfim, é garantindo a aplicabilidade da função social da posse rural que se poderá garantir

justiça social, dignidade aos milhões de sem-terra, que lutam por um pedaço de terra onde possam garantir sua sobrevivência e uma vida digna.

CONCLUSÃO

O estudo da posse e sua função social, conforme podemos observar, é questão de extrema relevância para o jurista. Isso porque, para enfrentar a questão social que envolve a terra, temos que ter sempre em mente a origem do instituto da posse e os princípios que devem permear sua análise.

A despeito de entendimento contrário, a posse deve ser entendida como verdadeiro direito (e não como simples fato que gera efeitos jurídicos) que, tal como o direito de propriedade, deve ser garantido a todos os cidadãos. Mas, para que possa receber a tutela do ordenamento jurídico, o possuidor deve atender ao princípio da função social. Quer dizer, para que a posse seja merecedora de proteção, ela deve atender ao princípio da função social, o que se faz através do cumprimento de todos os requisitos exigidos pelo ordenamento, quais sejam: aproveitamento racional da terra; proteção do meio ambiente; respeito da legislação trabalhista; e utilização da terra que favoreça tanto ao possuidor quanto a eventuais trabalhadores.

Conforme visto, a função social da posse é verdadeiro princípio constitucional e, como tal, deve ser respeitado e observado por todo aquele que interpreta as normas do ordenamento jurídico, sejam normas da própria constituição, sejam normas infraconstitucionais. O fato de ser princípio constitucional implícito não lhe retira força normativa. Diante de um conflito entre o princípio da função social da posse e qualquer outro princípio expresso na Carta Magna (como o princípio da função social da propriedade), o jurista deve solucionar através de ponderação entre os princípios.

Além de ser tratado de forma implícita pela Constituição Federal de 1988, o princípio da função social da posse também foi tratado implicitamente pelo Novo Código Civil. Tal fato pode ser verificado na medida em que se buscou dar maior proteção aos possuidores que retiram da terra sustento e nela estabelecem moradia através da redução de prazos para a usucapião.

A situação agrária no Brasil é complexa e envolve, além de camponeses que buscam manter-se na posse em detrimento de grandes proprietários, os grupos sociais, dentre os quais, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra (MST) recebe maior destaque por agregar maior número de pessoas. Esse movimento,

através de ocupações de propriedades improdutivas, força o Estado a implementar políticas que visem a concretização da tão sonhada reforma agrária. Os proprietários das terras ocupadas, inconformados com a situação, buscam o Judiciário para que este lhes conceda a reintegração de posse e retire de suas terras as famílias nela acampadas.

Surge, então, um conflito que deve ser analisado pelos magistrados de forma muito consciente. Estão em conflito dois direitos: o direito de propriedade e o direito de posse das famílias acampadas. Para a solução desses casos concretos o Judiciário deve analisar, primeiramente, se a propriedade ocupada efetivamente não cumpre a sua função social, já que, a propriedade não funcionalizada, conforme artigo 5º, XXIII, não merece proteção do ordenamento jurídico. Em verificando que a propriedade não atende ao princípio da função social e verificando-se que as famílias acampadas passaram a efetivamente dar função social à terra, o Judiciário não deve dar procedência à ação de reintegração de posse proposta pelo proprietário, mantendo as famílias de sem-terra na posse da terra.

A função social da posse, além de ser um princípio que vise garantir que a terra efetivamente seja utilizada, prima por dar efetividade a um princípio maior, o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a terra sempre foi e sempre será fonte de subsistência do homem. É da terra que o homem retira seu alimento. é nela que pode estabelecer sua morada.

Para finalizar este trabalho, entendo cabível citar uma música que bem expressa o sentido da função social da posse rural. Essa música foi tema de trabalho acadêmico no quarto ano do curso, sendo que o professor propôs que fizéssemos uma análise de um julgamento de reintegração de posse em conjunto com a letra desta música. Da letra desta música podemos ver a importância social da terra, sua relevância para a sobrevivência dos homens.

O CIO DA TERRA

(Milton Nascimento e Chico Buarque)

Debulhar o trigo
Recolher cada bago do trigo
Forjar no trigo o milagre do pão
E se fartar de pão

Decepar a cana
Recolher a garapa da cana
Roubar da cana a doçura do mel
Se lambuzar de mel

Afagar a terra
Conhecer os desejos da terra
Cio da terra, a propícia estação
E fecundar o chão

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e suas conseqüências frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- ALFONSIN, Jacques Távora. **A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais** (estudo crítico de um acórdão paradigmático). In: A questão agrária e a justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 202-222.
- ARAÚJO, Luiz Ermani Bonesso. **O acesso à terra no Estado Democrático de Direito**. Frederico Westphalen: Ed. Da URI, 1998.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAHALI, Yussef Said (org.). **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. In: A questão agrária e a justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 130-147.
- _____. **Função social dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, v.63, pp.71-79. São Paulo, RT, abr.-jun. 1987.

CORTIANO, Erolths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Curitiba, 2001. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **A justiça dos conflitos no Brasil**. In: A questão agrária e a justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p.277-291.

_____. **O estatuto constitucional da proteção possessória**. Folha de São Paulo. p.2 – I. São Paulo, 27 de janeiro de 1996.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

FERNANDES, Bernardo Mançano. **Brasil: 500 anos de luta pela terra**. Disponível em: <<http://www.agbcuritiba.hpg.ig.com.br/textos/brasil500.htm>> (transcrito da Revista de Cultura Vozes, nº1, ano 93. Editora Vozes. Petrópolis. 1999). Acesso em: 18 set 2005.

FERNANDES, Florestan. **Fundamentos empíricos da explicação sociológica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Nacional. 1972.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário: de acordo com a Lei n. 8.629/93**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, José Carlos. **O MST entre desobediência e democracia**. In: A questão agrária e a justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 148-173.

GERAIGE NETO, Zaiden. **A teoria objetiva da posse**. In: Revista de Direito Privado, n.10, ano 3, abril-junho. São Paulo: RT, 2002

- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A posse é um direito real?**. In: Revista de Direito Privado, n.5, ano 2. jan-mar. p.160-191. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.397- 433.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33. jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 07 set. 2005.
- MATOS NETO, Antonio José de. **A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil**. Belém: CEJUP, 1988.
- MEIRA NETO, Belizário. **O direito de resistência e o direito de acesso à terra**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Proteção jurídica da posse**. In: Revista de Direito Privado, n.7, ano 2, julho-setembro. p. 104-127. São Paulo: RT. 2001.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **A posse e a propriedade no Novo Código Civil**. In: Revista de Direito Privado, n. 15. ano 4. julho-setembro. P.17-37. São Paulo: RT, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Ensaio hermenêutico para a tutela concreta da posse e da propriedade no Direito brasileiro**. Curitiba. 2001. Dissertação

(Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. **A posse e sua relevância jurídica**. In: In: Revista de Direito Privado, n.6, ano 2, abril-junho. p. 173-193. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. **A disputa da posse**. São Paulo: LTr, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. . v. IV, 18ª ed., rev. e atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. De Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODRIGUES, Manuel. **A posse: estudo de Direito Civil português**. 3ª ed. rev. atual. e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** (Direito das Coisas). v.5. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

STÉDILE, João Pedro (org.). **A questão agrária hoje**. 3ª ed. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 2002.

STROZAK, Jovelino José (org.). **Questões agrárias e pareceres**. São Paulo: Ed. Método, 2002.

TARTUCE, Flávio. **A função social da posse e da propriedade e o Direito Civil Constitucional**. Disponível em:

<<http://www.epdireito.com.br/epd/publier4.0/texto.asp?id=59>>. Acesso em: 07 set 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade** (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). Revista Forense: Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, p. 73-78, abr./mai./jun. 1989.

_____. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.267- 292.

_____. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. in: (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.XV-XXXIII.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico** (fundamentos de uma nova cultura do Direito). São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.