



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ILTON DO CARMO DIAS DE OLIVEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO FUNDAMENTO DA
USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E À MORADIA NO CONTEXTO DA
REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Salvador

2018

ILTON DO CARMO DIAS DE OLIVEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO FUNDAMENTO DA
USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E À MORADIA NO CONTEXTO DA
REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Mestre Emanuel Lins Freire
Vasconcellos

Salvador
2018

ILTON DO CARMO DIAS DE OLIVEIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO FUNDAMENTO DA
USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E À MORADIA NO CONTEXTO DA
REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 20 de dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Emanuel Lins Freire Vasconcellos _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia e Universidade Estadual da Bahia

Técio Spínola Gomes _____

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia

Tiago Silva de Freitas _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a importância da função social da posse como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro concretizando os direitos fundamentais sociais do trabalho e da moradia no contexto da regularização fundiária rural, onde se evidencia que a usucapião especial rural é seu maior instrumento, permitindo a realização pessoal do homem no campo, bem como de sua família e também objetivando beneficiar toda coletividade. Para isso, inicialmente, deve-se analisar o instituto da posse traçando suas características gerais. Em um segundo momento tratar das diversas teorias que trabalham a função social da posse, fazendo um levantamento histórico, doutrinário e jurídico desse princípio, bem como diferenciar da função social da propriedade. E num terceiro momento observar a relevância da usucapião especial rural como instrumento digno da função social da posse, analisando as modalidades de usucapião de bens imóveis, a evolução histórica e seus principais requisitos, assim promovendo o princípio da dignidade humana dos possuidores.

PALAVRAS-CHAVE: Posse; Função Social da Posse; Usucapião Especial

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the importance of the social function of possession as an implicit principle of the Brazilian legal system concretizing the fundamental social rights of work and housing in the context of rural land regularization, where it is evident that special rural usucaption is its greatest instrument, allowing the personal fulfillment of the man in the field, as well as of his family and also aiming to benefit every collectivity. For this, initially, the institute of the possession must be analyzed tracing its general characteristics. In a second moment to deal with the different theories that work the social function of possession, making a historical, doctrinal and juridical survey of this principle as well as differentiate from the social function of the property. And in a third moment to observe the relevance of special rural usucaption as an instrument worthy of the social function of possession, analyzing the modalities of usucaption of real estate, the historical evolution and its main requirements, thus promoting the principle of the human dignity of the possessors.

KEYWORDS: Possession; Social Function of Possession; Special Usucaption

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	7
2: CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO DE POSSE.....	8
2.1- O QUE É UMA COISA?.....	8
2.2- POSSE E DOMÍNIO.....	9
2.3- A POSSE E A PROPRIEDADE DE ROMA À ERA MODERNA.....	11
2.4- TEORIAS MODERNAS SOBRE A POSSE.....	13
2.5- TEORIAS SOCIAIS SOBRE A POSSE.....	16
2.6- TEORIA PÓS-POSITIVISTA DA POSSE.....	22
3- A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	29
3.1- A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	29
3.2- A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E SUA DIFERENÇA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	33
3.3- FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: DOGMÁTICA E DIREITO FUNDAMENTAL, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	38
4- A USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA POSSE-TRABALHO E POSSE-MORADIA.....	51
4.1- CARACTERÍSTICAS GERAIS DA USUCAPIÃO.....	51
4.2- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MODALIDADES DE USUCAPIÃO.....	52
4.3- USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	60
4.4- A USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL NA LEI Nº 6969/81 E NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	70
5- CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS.....	78

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa observar a importância da função social da posse, que vem atender ao princípio da dignidade da pessoa humana sendo melhor observado através da utilização da posse-trabalho e da posse-moradia da usucapião especial rural. É uma exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo sua autonomia diante de outros institutos jurídicos e dando aos bens uma destinação econômica e social.

No primeiro capítulo busca demonstrar uma visão geral do instituto da posse a caracterizando como um fato e um direito. Para tanto deve-se analisar a posse e a propriedade como institutos autônomos que geram diversas situações jurídicas, demonstrando o desenvolvimento histórico, social e jurídico desses institutos, bem como esclarecendo a relevância das teorias moderna, social e pós positivista no contexto constitucional e civilista.

No segundo capítulo busca-se analisar mais detidamente a função social da posse que se diferencia da função social da propriedade, possuindo um aspecto mais dinâmico e com regras mais ligadas aos fatos do que ao direito, tendo desta forma uma operabilidade prática que pode contribuir para o crescimento da economia e para permanência do homem no campo. A função social da posse não está positivada no ordenamento jurídico, mas pode ser entendida através da análise de preceitos constitucionais, da compreensão da usucapião especial tanto a rural como a urbana, do interesse da sociedade em ver resolvido os conflitos fundiários, das decisões dos tribunais, e principalmente, através da construção e conceituação doutrinária de sua importância que ficou durante muito tempo subordinada à importância da função social da propriedade.

No terceiro capítulo temos a evolução histórica da usucapião especial rural. Embora a Lei nº 6969/81 não aborde o assunto, ao se analisar o sentido concreto da norma e sua finalidade pode-se trazer à luz a importância do dispositivo, sua relevância para eliminação de conflitos de acesso à terra e para a própria economia ao possibilitar aumento de produção e ocupação consciente dos espaços rurais.

2: Características gerais do direito de posse

2.1- O que é uma coisa?

O presente trabalho tem como enfoque principal o estudo do instituto jurídico da posse e, conseqüentemente, a caracterização do princípio da “Função Social da Posse”. Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a função social da posse não se encontra regulamentada, tendo sua maior expressão na usucapião especial rural. No entanto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a função social da propriedade como um princípio constitucional. Sendo assim, no decorrer do presente trabalho, serão apresentados elementos que demonstram que assim como a propriedade o instituto da posse também cumpre com uma função social, que está implícita no princípio da dignidade da pessoa humana e se revela na usucapião.

Preliminarmente é preciso observar que a posse, em seu sentido geral, implica em apropriação de determinada coisa. Somente os bens suscetíveis de avaliação econômica são coisas em sentido jurídico, é preciso que tenha valor de uso ou de troca, como, também, que possa ser apropriado, precisa de uma existência individualizada, aferida por critério econômico social (GALVANI, 2015, p. 26). Para Orlando Gomes, “a coisa é uma espécie de bem com as características de economicidade, permutabilidade e limitabilidade” (GOMES, 2002, p. 320).

A coisa não é apenas um objeto de alguma relação de domínio, mas sim fruto de um conjunto de relações de enunciados jurídicos provenientes de todo o Direito Positivo, incluindo jurisprudência e costumes (GALVANI, 2015, p. 27). O automóvel, por exemplo, é observado no Código Civil e de Trânsito. A situação subjetiva de um possuidor é formatada por enunciados normativos de todos os lados do direito positivado.

A posse surge quando o Direito decide conceder, ao controle material de determinada coisa, um estatuto que implique algum relevo jurídico, sendo estabelecido por um dado basilar que é o controle humano de um bem material (CORDEIRO, 2000, p. 18). E essa relação do homem com a coisa permeada pelo interesse individual precisa observar uma função social. Considerando o uso da coisa pode-se estabelecer dois graus de controle, a posse e o domínio, que muitas vezes se confundem, se complementam ou são autônomos a depender do caso

concreto. Portanto, esses institutos precisam ser revelados e diferenciados tanto conceitualmente como historicamente, para só depois se estabelecer outro confronto que é o das funções sociais.

2.2- Posse e Domínio

Domínio ou propriedade liga-se ao controle jurídico da coisa, com todos os ônus e obrigações daí decorrentes, que permite ao titular decidir seu destino. A propriedade também pode ser vista como uma faculdade jurídica, como patrimônio ou um direito subjetivo. A posse é como um feixe de poderes que determina o controle prático da coisa, da experiência com a sua fruição no ambiente coletivo (GALVANI, 2015, p. 33-35). E também vai além podendo ser tratada “como fato jurídico, operativo e causal e é responsável pela modificação de direitos subjetivos reais” (CARRANZA-ALVAREZ & TERNERA-BARRIOS, 2010, p. 87-90). A posse e a propriedade são institutos complementares, com funções distintas dentro de um ordenamento jurídico sistêmico.

O domínio é o mais amplo poder que se pode exercer sobre a coisa, conjugando os direitos de fruir, usar e dispor. A propriedade na era moderna passou a ter valor de capital, com as características de individualismo, monopólio de exploração e o poder de decidir o destino da coisa (OLIVEIRA, 2010, p. 45). A posse sempre se ligou aos eventos diretos com a fruição da coisa, sem valores transcendentais ou religiosos como a propriedade (GALVANI, 2015, p. 40). A posse é um componente da atitude do ser humano, um traço que faz do homem diferente dos outros animais.

A posse é, em certas condições, condição de origem, constituição e manutenção de direitos reais. Ao mesmo tempo em que a posse possibilita o nascimento dos direitos reais de gozo através da usucapião para os bens imóveis e da tradição na coisa móvel, ela é condição de manutenção dos direitos reais. A posse desvinculada de qualquer direito subjacente é a verdadeira posse, aquela deve ser considerada como instituto jurídico autônomo, fenômeno isolável, destacado e paralelo ao fenômeno da propriedade como instituto que possibilita o exercício de poderes e faculdades sobre alguma coisa (TORRES, 2007, p. 50).

A posse não é dependente da propriedade, são, sobretudo, institutos que exercem funções distintas e complementares em meio ao convívio social e também ao interesse individual. Tanto é que somente o proprietário ou titular de direito real pode alienar a coisa e assim exercer uma faculdade que é inerente ao domínio. Já o possuidor nunca poderá praticar ato de alienação, pois lhe falta legitimidade jurídica para tanto.

A separação entre domínio e posse é observada no Enunciado 492 do Conselho de Justiça Federal: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento de bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”. (BRASIL, 2013)

Quanto à natureza jurídica da posse existem três correntes a serem relatadas:

1^a - a posse é um fato, entretanto não se nega à posse a qualidade de instituto jurídico, porém, sustenta-se que não se configura como direito subjetivo, mas, sim, como estado de fato, em razão das peculiaridades que apresenta; 2^a - posse é um direito, é o interesse juridicamente protegido, uma vez que é condição econômica da propriedade, é um direito subjetivo verdadeiro e próprio, que tem como pressuposto uma realidade, ou situação de fato; e 3^a - a posse é um fato e um direito simultaneamente, isto porque, quando considerada em si mesma, é um fato, e, quando enfocada sob os efeitos produzidos, constitui um direito, incluindo-se, assim, no rol dos direitos reais (TOLEDO, 2006, p. 19).

A primeira corrente reduz o fenômeno possessório a um estado de fato, além de desconsiderar completamente o elemento anímico. A segunda corrente que se traduz na teoria de Ihering, que será analisada adiante, não só reduz a posse como também a subordina inteiramente ao direito de propriedade. A terceira corrente, a qual este trabalho filia-se procura observar a posse em sua essência, como uma situação de fato, algo que é inegável nas três teorias apresentadas, mas que apresenta também em seu âmago características sociais e jurídicas, tanto por produzir efeitos sociais ao atingir a coletividade como por permitir a aquisição de outros direitos como o da propriedade, mediante a usucapião, e ser objeto de

diversas relações contratuais que servem à consolidação de outros direitos reais, como o usufruto e a servidão.

A posse como fato e instituto jurídico tem como limite o que determinada sociedade pratica diante de valores e de relações inter-humanas, em um determinado lapso temporal. Deve-se analisar a posse dentro do desenvolvimento histórico (GALVANI, 2015, p. 10). E por isso é importante adentrar num breve histórico sobre a posse e a propriedade, bem como trazer as teorias que ajudaram a formular o conceito de função social da posse, apartando-o aos poucos do direito de propriedade.

2.3- A Posse e a Propriedade de Roma à Era Moderna

O estudo da posse remonta ao Império Romano em dois pontos estruturantes: a) o controle material e fático de coisas; b) a tutela dessas coisas em face de agressões de terceiro que não é possuidor. (GALVANI, 2015, p. 11). Era entendida como um poder de fato sobre a pessoa ou coisa, sendo chamada de “*usus fructus possessório*” ou “*possessio*” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 13).

Para os glosadores e pós glosadores, a posse se desdobrava em *possessio civilis* que conduz a usucapião; *possessio corporalis*, pelo qual se dá os frutos e proventos e *possessio naturalis*, a protegida pelos interditos. Com o tempo, a *possessio naturalis*, ou posse-fato ganhou relevância e ao ingressar no mundo jurídico, conformava-se na *possessio civilis*, posse-direito (GALVANI, 2015, p.16)

Observa-se que em Roma, a posse e a propriedade se mantiveram autônomas, além de que, a posse era desdobrada em diversas situações fáticas que não se subordinavam ao direito de propriedade.

No feudalismo tinha-se dois domínios: o domínio útil servia a apropriação material do colono, e o domínio do proprietário, que servia de unidade política e de produção, integrando o colono que trabalhava diretamente na terra ao sistema econômico (OLIVEIRA, 2006, p102-103).

A propriedade medieval circula em torno da terra, do vínculo entre os que a possuíam, mas não a cultivavam, e os que a trabalhavam, mas, dela não eram

donos, ou seja, tinham um direito real sobre a coisa alheia. Havia, pois, duas classes de proprietários sobre o mesmo bem, onde os que a utilizavam economicamente não tinham a propriedade (GOMES, 1953, p. 3). Nesse sentido, os que trabalhavam a terra teriam a posse, enquanto os que eram donos pelo sistema de suserania e vassalagem detinham a propriedade.

O regime de propriedade romano, retomado pelos modernos é estabelecido através de um conceito unitário, segundo o qual, cada coisa tem apenas um dono, de direito e de fato. O Código de Napoleão tinha o objetivo de emancipar a propriedade de fato dos ônus e encargos que a gravavam, e por isso a maior parte dos artigos se referiam aos bens e aos diferentes modos de aquisição da propriedade. A propriedade foi vista como um direito natural, inalienável e imprescritível (OLIVEIRA, 2006, p.118).

O direito de propriedade para os modernos é absoluto, exclusivo e perpetuo, sendo oriundo do triunfo da revolução burguesa frente a nobreza e o clero. Mesmo que se diga absoluto, sempre houve restrições de caráter administrativo a esse direito, (GOMES, 1953, p.6) e hoje tende-se a acreditar que essa característica é minimizada pela adoção da função social da propriedade, o que na prática é apenas outro limitador, sendo que a essência do direito de propriedade continua tendendo a absolutidade.

As faculdades inerentes ao domínio não sofrem substancialmente com as limitações, porque o proprietário conserva o poder de dar destinação ao bem que lhe pertence, usando ou deixando de usá-lo, estabelecendo o tipo de fruição que lhe agrada, dele dispondo como lhe apraz... Neste sentido, a propriedade é ainda um direito absoluto, a plena *in re potestas* (GOMES, 1953, p.6).

Atualmente se considera que o poder do proprietário não é mais tão absoluto, visto que tem obrigações para com a coletividade no tocante à matéria ambiental e administrativa, com o próprio uso consciente da coisa através da atenção aos parâmetros da função social da propriedade e também que o “não uso” pode levar as situações de abandono que causam prejuízos de ordem econômica e social, sem contar que é o principal motivo dos conflitos agrários.

Na Era do individualismo moderno, resultado da revolução social, a propriedade devia se pautar na exclusividade, dificultando o desdobramento do domínio, e dessa forma renegando qualquer valor a posse, visto que o importante era garantir a propriedade a determinada pessoa (ALBUQUERQUE, 2002, p. 19).

2.4- Teorias Modernas sobre a Posse

As teorias modernas sobre a posse giram, sobretudo, em torno do debate entre Savigny e sua teoria subjetiva e Ihering com sua teoria objetiva. No entanto, o filósofo Immanuel Kant foi a mola propulsora que permitiu o desenvolvimento das duas teorias, servindo também como elemento de transição entre a propriedade medieval e a moderna. Trabalhou com elementos germânicos da posse através do costume da **Gewere**, que estabelece o conceito de uso, controle prático e efetivo sobre a coisa, contemplando ainda um feixe de direitos oriundos desse processo de controle, como a percepção de frutos. Abrindo caminho, posteriormente, para o poder fático do usufrutuário, locatário, enfiteuta e do colono (GALVANI, 2015, p. 18). A **Gewere** é a investidura do direito medieval alemão que se traduz no puro poder fático sobre a coisa.

A posse nas teorias modernas tem como elementos principais, o *corpus* e o *animus*. A abstração do *animus* é de origem germânica estabelecendo o puro poder fático sobre a coisa de modo que sem o *animus dominantis*, se podia ser possuidor. A palavra **Gewere** conjugava os aspectos da posse-fato e da posse-direito podendo ser conceituada como um conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções derivados do poder fático sobre a coisa (MIRANDA, 2000, p. 58).

Para Kant, a posse é o uso efetivo e consciente das coisas. A posse perpassa pelo encontro intersubjetivo de vontades e pelo respeito, na medida que na escolha de um objeto, além da vontade de ser dono é necessário observar a liberdade exterior de todos, de acordo com uma lei universal, onde este objeto de escolha não deve pertencer a ninguém (KANT, 2009, p. 15).

Para Kant, a relação possessória é entre pessoas, embora concernente a coisas. A posse é o poder físico de usar, arbitrariamente, da coisa, portanto, os outros devem se abster evitando turbar ou esbulhar. Vai além do observado em

Roma, pois supõe que os outros hajam de se abster de tomar a coisa ou perturbar o poder que tenho sobre ela (MIRANDA, 2000, p. 73).

Kant difere a posse sensível, aquela que pressupõe contato físico e direto, da posse inteligível, que seria a posse-jurídica, onde não se tem a ocupação do objeto. Da relação das pessoas com as posses, Westphal comentando Kant é elucidativo:

O verdadeiro escopo dos direitos de posse é coordenar nossas ações e evitar interferência mútua... As coisas podem ser possuídas nos permite obrigar os outros a respeitarem nossas posses, e que a obrigação deles deriva diretamente de nosso ato de tomar algo para possuir... porque nossas ações externas devem ser compatíveis com a liberdade de todos (WESTPHAL, 2009, p 432-437).

Kant contribuiu para construção das teorias de Savigny e Ihering ao trazer o conceito de vontade e também para questão da inserção social com pretensão ao respeito, onde o homem necessita do outro para se enxergar enquanto ser humano, tendo como fundamento que os outros são como qualquer um, como o sujeito possuidor.

Seguindo a disposição do elemento anímico estabelecido em Kant, Friedrich Carl von Savigny procurou nos textos romanos os indicadores sobre o tratamento jurídico da posse, pois os romanos não a conceituaram categoricamente. O estado de posse se forma a partir da junção de dois elementos, o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua. (GALVANI, 2015, p. 19). Do estudo das fontes romanas, Savigny estabeleceu sua teoria subjetiva da posse, que na prática apenas privilegiava o direito de propriedade, sendo interessante destacar que em Roma, a posse adquiria diversos significados como já citado, porém, o autor precisava refletir os anseios da revolução burguesa e conferir segurança jurídica ao domínio, mesmo que reduzindo o instituto da posse.

A vontade de se portar como dono é determinante para formação da posse jurídica (*possessio civilis*) (MIRANDA, 2000, p. 48). Inexistindo a vontade de ser

dono, haveria apenas detenção, desprovida de efeitos jurídicos. A teoria considera como detentor, o locatário, o comodatário e outros que mesmo tendo poder físico sobre a coisa, não deseja possuí-la como patrimônio (GALVANI, 2015, p. 20).

Para Savigny, só a detenção com *animus*, intencional, produziria posse; portanto, no *animus domini* é que estaria o elemento distintivo. Possuidor é quem tem o intuito de exercer o direito de propriedade (MIRANDA, 2000, p. 51). A teoria de Savigny se adequa ao direito brasileiro na medida em que fundamenta a usucapião, ou seja, a possibilidade de aquisição da propriedade por quem, tendo o controle efetivo e material da coisa, porta-se como dono dela e assim se apresenta no palco social, com alguns caracteres especiais e por determinado lapso temporal.

Rudolf von Ihering estabeleceu sua teoria objetiva criticando a teoria subjetiva de Savigny criando o primeiro grande debate em torno da posse e da propriedade. É de salientar que ambos contribuíram para trazer elementos da posse e da propriedade romanas e atualizaram os sentidos desses dois conceitos em sua época, traduzindo assim os desejos de uma classe ascendente e de um novo sistema econômico:

Preocupado com a economicidade das relações jurídicas capitalistas, Ihering subordina a posse à propriedade. Deixa de fundamentar a teoria possessória na proteção da pessoa para fazê-lo em face, exclusivamente, do conceito jurídico da propriedade privada, fazendo a posse ser a mera exteriorização da propriedade. (HERNANDES GIL. 1969, p. 25 *apud* GALVANI, 2015, p. 20)

A posse mira a garantia do monopólio de exploração ínsito ao proprietário. Assim, a posse apresenta-se como elemento fulcral ao proprietário, para que este possa prover a uma utilização econômica da mesma e também a defesa indireta, ágil, de seu patrimônio. (GALVANI, 2015, p. 21)

Fulgêncio (1936, p. 6) comentando o Código Civil de 1916 encampa a teoria objetiva, onde a posse nada mais é que o modo porque a propriedade privada é utilizada; a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa por fim de sua utilização econômica.

Ihering questiona Savigny sobre a necessidade de *animus domini* como pressuposto justificador. Reconhecia o *corpus* e o *animus*, mas não a ocorrência

simultânea para que alguém fosse considerado possuidor. Ihering estabeleceu o conceito de *affectio tenendi*, ou cuidar da coisa como se fosse sua, observando o elemento subjetivo de forma mais branda. O possuidor, para Ihering é o indivíduo que absorvesse em si um dos elementos configuradores da posse, ou ambos, a saber, o *corpus* (aparência de domínio) ou o *affectio tenendi*, isso quando ligado ao monopólio de exploração do objeto (IHERING, 2007, p. 25-27).

A teoria objetiva é responsável pelo desdobramento da posse em direta e indireta, onde o desmembramento possessório é de grande valia para promoção da moradia com mecanismos como a alienação fiduciária, usufruto, direito real de habitação, direito real de superfície e fideicomisso (MILAGRES, 2011, p. 15).

O Código Civil brasileiro de 2002 ainda se utiliza de muitos conceitos trazidos da teoria objetiva, como o conceito de posse, mas há uma introdução de elementos germânicos na codificação, sobretudo por influência dos princípios constitucionais. As teorias modernas trabalharam o conceito de posse influenciadas pelo espírito iluminista e burguês, e por isso, o estudo ficou limitado ao campo do indivíduo. Portanto, para o alargamento do conteúdo da posse e para se introduzir a função social da posse é necessário conhecer as teorias sociais da posse.

2.5- Teorias Sociais da Posse

A posse teria natureza jurídica mista, ora como fato jurídico, ora como direito subjetivo. Savigny e Ihering beberam da teoria kantiana e observaram a posse como algo de uso individual, deixando de considerar que na posse há uma união de vontades. Como observado na exploração econômica da terra, dos rios e oceanos, e assim também é quanto às relações de emprego nas fazendas. A posse deve percorrer caminhos para além dos enunciados jusprivados de fidei moderno, porque a forma como se exercita a posse alcança a toda sociedade (OLIVEIRA, 2006, p. 30).

Com as teorias sociais, a posse passa a ser encarada por si mesma e com a preocupação de sua fundamentação e real função social, despregada da relação dominial ou sendo vista como instrumento de sua defesa (GALVANI, 2015, p. 58). A posse ocorre no palco social e produz efeitos jurídicos, pois o uso e o gozo privados, são, em si, usos que se dão, ou tocam, no ambiente público.

O primeiro autor a tratar da posse em uma perspectiva social foi Sílvio Perozzi, que escreveu durante o neokantismo no início do século XX procurando superar o positivismo. Para ele, a posse é um fenômeno social de origem consuetudinária, estando à guisa dos costumes e mesmo a vontade do Estado não intervém para sua construção. Para Perozzi, a posse advém do respeito e reconhecimento da sociedade, não de um complexo normativo e positivado (GALVANI, 2015, p. 60).

Para Perozzi, a posse é um produto social enquanto a propriedade um feito do Estado de Direito. Enquanto a aquisição e relação dominial somente teria suporte jurídico mediante ação do Direito, à posse bastaria a abstenção dos não-possuidores para existir como fato. Os fatos possessórios seriam frutos dos costumes sociais de abstenção (GALVANI, 2015, p. 61). O pensamento de Perozzi é no sentido de que a posse independe de *corpus* e de *animus*, ela é tão somente o resultado do fator social, ou seja, o que importa é a abstenção de terceiros diante de uma situação é que legitima a posse.

Para explicar o pensamento de Perozzi temos o exemplo do chapéu:

Um homem caminhando pela rua com um chapéu em sua cabeça é possuidor, na teoria objetiva, pois tem a conduta esperada para o dono de um chapéu. Na teoria subjetiva, ele é possuidor por conta de ter o chapéu em sua cabeça, poder tirá-lo e recolocá-lo e ainda defender-se de quem quer que o deseje tomar. Na teoria sociológica de Perozzi, o homem possui o chapéu porque é quem dispõe dele, em detrimento das outras pessoas, e ninguém se rebela contra esse fato. Logo, a sociedade o aceita como legítimo possuidor (GONÇALVES, 2012. p. 43).

Perozzi inseriu um modelo diferenciado para o entendimento do fenômeno possessório, onde é a sociedade que fundamenta a posse de alguém ao reconhecê-la, à espontaneidade, e não o *aminus domini* como em Savigny ou o *affectio tenendi* de Ihering, que precisa que o possuidor se observe como um proprietário.

Outra teoria sociológica da posse é a trazida por Ludovico Barassi, para ele, a questão da legitimidade da tutela possessória não estava em garantir a propriedade, mas na segurança jurídica e na política administrativa do Estado sobre os cidadãos. A posse deve ser encarada por uma perspectiva maior que a do indivíduo que controla material e economicamente a coisa. Barassi se preocupa com

a defesa da posse estruturando-a como mecanismo de mantimento da ordem social (GALVANI, 2015, p. 63).

Se Perozzi e Barassi introduziram a relevância da sociedade no estudo da posse, foi com Raymond Saleilles que ganhou destaque epistemológico, pois dentro da Escola Histórica do Direito se tornou um ferrenho crítico do Código de Napoleão. No fim do século XIX, o Código Civil francês se mostrava inepto a sociedade em transformação que procurava se adequar a normas intervencionistas do fenômeno econômico. Microsistemas jurídicos como o direito dos trabalhadores começaram a questionar a eficácia da Escola de Exegese (GALVANI, 2015, p. 65).

A doutrina francesa teve de se abrir para uma metodologia alemã que enfrentava os interesses sociais em suas codificações. Saleilles traduziu diversos textos alemães e procurou relacionar com seu direito interno ainda preso ao Código de Napoleão (GALVANI, 2015, p. 66). Nesse sentido se aproximando mais da *Gewere* do que o estudo romano.

Saleilles acreditava que conceitos jurídicos são mais que entidades abstratas e fixas em seus contornos trazendo o valor histórico para integrar elementos extrajurídicos no discurso do direito quando da aplicação da norma (OLIVEIRA, 2006, p. 125) Saleilles vai além em sua teoria afirmando que se a posse é anterior a propriedade, aquela não poderia exteriorizar um direito, pois sequer existia, assim teria que ser algo independente do direito real propriedade (ALBUQUERQUE, 2002, p. 130).

Saleilles imprimiu uma visão própria as ideias de Ihering, rejeitando o *animus domini* de Savigny, pois conduzia a erros que impediam a admissão da posse criando um estado de confusão quanto ao direito de propriedade (HERNANDEZ GIL, 1969, p. 55 *apud* GALVANI, 2015, p. 69). Internalizou a objetividade possessória de Ihering, o que denominou de *animus possidendi*, traduzida na realização consciente e desejada da apropriação econômica do objeto (TOBENAS, 1927. p.18).

Para Saleilles inexistente diferenciação prática entre posse e detenção, exceto pelo fator legislativo. Ele aponta para o sentido de uma psicologia coletiva da ideia de posse:

A posse tem por objeto a consagração jurídica de uma situação externa de fato, tal como se apresenta como fato social para a coletividade, para a qual aparece independentemente do que queira ou pense o possuidor. A posse é a consagração que o direito faz de uma simples aparência de fato; e por conseguinte, a questão não é averiguar, desde o ponto de vista puramente individualista, o que pensa ou deseja, o beneficiário dessa relação material e aparente, senão o que dela pensa a coletividade a qual pertence como membro, o pequeno grupo social cuja solidariedade deve reconhecer (SALEILLES, 1907, p. 45).

A dominação prática inerente a posse implica que a coisa tenha sido preparada, disposta e organizada. A posse é a apropriação econômica das coisas sem relação alguma com a possível existência de um direito sobre a coisa. Com isso, o titular do domínio, se portaria como o senhor privado da coisa, no campo patrimonial e individual; o possuidor, como o senhorio social do objeto (GALVANI, 2015, p. 65). Saleilles desloca o foco do subjetivismo da posse para um solidarismo, onde o que realmente importa é como a coletividade enxerga os atos de posse do possuidor.

Saleilles influenciou gerações de juristas em direção à independência da posse com relação ao domínio, bem como as alterações legislativas para essa consagração e também ao entendimento da posse como fenômeno social que independe da mera vontade do possuidor. Também contribuiu ao trabalhar a ideia de possuidor de boa e má-fé, sobre os efeitos da posse, e aduziu que não é a posse que determina a aquisição de bens móveis e imóveis, mas, sim, a entrega efetiva do objeto, ou seja, a tradição.

Outro autor a trabalhar a posse e sua função social é Antonio Hernandez Gil que em sua obra *La Posesión*, considera a posse mais ligada à realidade social do que todos os direitos. É o pioneiro da ideia sociológica da posse trazendo a importância de sua função social, estabelecendo que ela não é só um pressuposto, mas também um fim das instituições jurídicas (ALBUQUERQUE, 2002, p. 135).

Para Gil, a noção de posse é mais antiga que a de propriedade. A posse incorpora em si algo social e juridicamente primário que não começa com a propriedade. A posse é um poder qualificado sobre as coisas, superior a detenção,

mas que não equivale a propriedade. A posse é múltipla e diversificada a depender da qualidade do bem, da forma da coisa, de sua utilidade e de sua posição no tempo e espaço (SOUZA, 2011, p. 48).

Para Gil, a gerencia da coisa permitida pelo ordenamento jurídico ao possuidor é mais ampla que o atinente ao proprietário. O fundamento da proteção possessória reside na manutenção dos estados, de fato, existentes, que não podem se destruir por atos de autoridade. A posse possui uma função social ou socialização que se posta como pressuposto constituinte para realização ou atuação da condição social do homem (GALVANI, 2015, p. 71).

A função social da propriedade somente pode ser desempenhada mediante o cumprimento da função social da posse, pois é essa que representa o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio; conseqüentemente se esta não estiver contribuindo para o bem-estar coletivo, atendendo assim sua função social, também não estará a propriedade (ALBUQUERQUE, 2002, p. 107). Nesse sentido, Gil expõe:

O objetivo de uma função social é ver nela o pressuposto jurídico de uma inevitável realidade jurídica, dinâmica e atuante, tecida por interações atributivas e distributivas, e também obrigacional, advindas da inserção do homem no mundo da convivência (HERNANDEZ GIL, 1969, p. 73 *apud* GALVANI, 2015, p. 72).

A posse se mostra autônoma quando ela, de *per se*, produz efeitos jurídicos a par dos que a propriedade, ou outro status jurídico de cunho real, possa produzir. A posse é um fato social, sendo uma estimacão social diante da exteriorização do uso individual de uma coisa ou bem, onde em qualquer ato humano sempre se deve observar a pessoa e a sociedade que está inserida, pois a menor ação humana consistente em vontade deliberada tem repercussão na coletividade.

Gil rejeita o *corpus* de Savigny como poder fisicamente atuante sobre a coisa, pois esse é um pressuposto individualista para a configuração do estado do possuidor. Da relação entre sujeito e objeto perpassa uma relação entre o sujeito titular e os demais sujeitos de direito. Nesse sentido estabelece que “a posse não é uma mera faceta do corpus, onde toda a complexidade da apreensão individual em

um ambiente coletivo aparece configurada em dependência da realidade social como pressuposto e fim” (HERNANDEZ GIL, 1969, p. 128 *apud* GALVANI, 2015, p. 75).

Quanto ao *animus*, a posse de boa fé revela o mérito de um modo ético de atuar sobre a coisa seguindo o ordenamento moral e jurídico de determinada sociedade. A posse nesse sentido vai além dos próprios interesses do possuidor atingindo a uma coletividade (SOUZA, 2011, p. 50). A posse é em si, função social em sua força bivalente:

De um lado se apresenta como uma fórmula amparadora do uso pessoal dos bens da natureza e das criações industriais e intelectuais. De outro, se mostra como estrutura jurídica da concorrência igualitária e compartilhada. Numa sociedade massificada, os contatos com as coisas multiplicam-se e se compartilham de tal maneira que a nota da exclusividade, à imagem do direito de propriedade, não pode continuar sendo o modelo diretor da ordenação possessória. (HERNANDEZ GIL, 1969. p. 210 *apud* GALVANI, 2015, p. 77)

A posse numa sociedade capitalista se coloca como instituto socializante e, portanto, como freio ao monopólio da riqueza patrimonial (propriedade privada) dos hipersuficientes. A posse-trabalho, a posse-moradia e a reforma agrária são funções sociais da posse no modelo socialista de Gil.

Gil propôs uma posse lastreada em ideais marxistas, porque viu na posse meios de corrigir as distorções socioeconômicas oriundas da tradição burguesa (GALVANI, 2015, p. 76). Escreveu para o Estado de bem-estar social, considerando que a posse deveria estar a serviço dessa promoção, no entanto, esse Estado jamais pretendeu a modificação do sistema econômico e se tornou um instrumento de manutenção do sistema capitalista liberal.

A título de conclusão do tópico, vale registrar que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny, como também se tornaram responsáveis por dar novos conceitos a importantes

institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade. Tanto que é mais correto afirmar que o Código Civil de 2002 não adota a tese de Ihering pura e simplesmente, mas sim a tese da *posse-social*, sustentada por Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil (GONÇALVES, 2012, p. 60). E é a essência dessa tese que fundamenta a usucapião especial rural de forma direta e de forma indireta a todas as outras espécies de usucapião.

Apesar das contribuições significativas das teorias sociais, ampliando a visão da posse da esfera individual para o estudo da coletividade, ainda há uma forte tendência de submeter a posse à propriedade, e isso se reflete no tratamento dado à posse no Código Civil de 1916 e também de forma mais amena no espírito do Código Civil de 2002, por isso é importante tratar da posse em conformidade com os princípios constitucionais no atual modelo do Estado Democrático de Direito, onde se destaca a teoria pós-positivista da posse que vem tratar este instituto para além do estipulado por Ihering.

2.6- Teoria Pós-Positivista da Posse

O estatuto dogmático brasileiro revela a posse no artigo 1196: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. E no artigo 1204: Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (GALVANI, 2015, p. 100). Pode-se observar claramente a subordinação do instituto à propriedade, algo criticado neste trabalho, pois a posse não se limita a propriedade, mas o direito subjetivo de propriedade pode se limitar a posse. A legislação peca em não traduzir a realidade ao ordenamento, e também pela preferência óbvia pela teoria de Ihering em detrimento das teorias sociais.

Pode-se afirmar que os artigos definidores da posse no Código Civil brasileiro são cláusulas gerais que exortam uma posição prévia sobre a posse, cuja interpretação dependerá do acontecimento prático envolvendo as coisas em seara intersubjetiva (GALVANI, 2015, p. 101). O enunciado normativo da posse é “necessariamente incompleto, sendo seu sentido dependente de sua inserção, pela aplicação, na realidade social. Passa a reger assim, concretamente, o encontro

entre subjetividades” (HENRIQUES, 2011, p. 61). Desse modo, a posse não pode ser vista apenas como a mera exteriorização do domínio, pois isso é apenas uma faceta de toda complexidade do fenômeno possessório.

O artigo 1196 não revela a verdade da posse. A posse é constituída como situação subjetiva informada por todos os predicados pertinentes que incidam sobre um caso concreto relativo ao controle prático de uma coisa com aporte intersubjetivo (GALVANI, 2015, p. 96). Em outras palavras, a posse no momento do pós positivismo não pode prescindir de seu elemento social e constitucional, visto que várias são fontes que se conjugam para determinar a noção de posse, saindo da esfera jusprivada. A posse não pode ser o resultado de inexoráveis premissas maiores, com pretensões de verdade absoluta sobre os institutos jurídicos de modo apartado da realidade fática e social.

A regra do artigo 1196 deve ser vista como cláusula geral do direito privado. A letra da cláusula geral permite inferir que os efeitos são produzidos tanto na esfera do titular da posse quanto na dos não titulares e tais efeitos serão ora positivos, ora negativos, ou seja, atribuirão direitos e deveres (GALVANI, 2015, p. 80). O texto do Código Civil de 1916 já era avançado no que dizia respeito a posse, pois prescindia da discussão sobre *corpus* e *animus* e se fincava na generalidade do usar um objeto. Com dispositivos constitucionais e administrativos podemos ampliar o feixe de incidência jurídica da posse (HENRIQUES, 2011, p. 70).

A posse alicerçada nas teorias de Savigny e Ihering possuem um sentido que deve ser transportado para o momento pós-moderno. A posse começou a revelar sua complexidade a partir do individualismo possessivo e assim se mantém até o presente.

As premissas do fenômeno possessório segundo Galvani:

a) a posse é o encontro entre vontades; b) na posse, o possuidor exercita poder físico sobre a coisa como se fosse sua; c) a posse é a exteriorização do domínio e serve à defesa do patrimônio do proprietário; d) na posse pode haver o *affectio tenendi* que é o cuidar da coisa se fosse sua; e) a posse se desdobra em direta e indireta; f) a posse é descrita no artigo 1196 do Código Civil; g) a posse é consciência social e se traduz como relação ética pautada no respeito entre possuidores e não possuidores da coisa; h) a posse é

manifestação individual de apropriação econômica; i) a posse é um poder juridicamente qualificado sobre as coisas; j) a posse é um fenômeno humano, porque é inerente ao homem manter as coisas sob seu controle; l) a proteção possessória visa manter a ordem social; m) a posse é pressuposto constituinte para realização da condição social do homem; n) **a posse é um instrumento para homogeneização social e correção de abusos, oriundos do acúmulo de capital e da má distribuição de rendas**; o) a posse é um fato; p) o fato possessório ingressa no direito produzindo vários efeitos e determinando a aquisição de direitos subjetivos. (GALVANI, 2015, p. 84)

Todas essas premissas podem ser consideradas “posse”, mas não é um rol exaustivo se for considerar cada teoria estabelecida sobre o assunto, sendo apenas elementos informadores da situação da posse a partir de estudos e teorias encampadas ao longo dos séculos.

A posse não pode ser vista apenas como a mera exteriorização do domínio, senão como ficaria a figura do usufrutuário, locatário, usucapiente, e tantas outras pessoas que possuem sem ser proprietários (GALVANI, 2015, p. 98). A teoria da aparência de Ihering é enfraquecida, pois não se pode presumir que o possuidor seja o proprietário em qualquer ocasião.

A posse implica o controle material de coisas corpóreas. Com tal, o seu exercício é perceptível, no espaço jurídico, pelos diversos membros da comunidade. A posse vê-se. O Direito associa, assim, determinados efeitos à demonstração exterior de sua existência (CORDEIRO, 2000, p. 115). O fato possessório transitará do mundo fático ao jurídico sob o ardor de vários microsistemas jurídicos ordenadores. Se analisada a situação do possuidor estritamente pelo foco do direito civil, várias situações fáticas de posse, que já deveriam ter feito sua passagem ao universo jurídico, permaneceriam como meros fatos, citando neste caso, o pertinente ao estudo apresentado, o caso da usucapião, que possui como elemento central a existência de posse sobre um bem imóvel (GALVANI, 2015, p. 91).

A função social da posse, de acordo com a teoria pós-positivista, gera obrigações para todos os componentes da sociedade. No espaço coletivo, a democratização no exercício possessório implicará que, de um lado, mantenham-se o respeito e a abstenção que garantam a posse do titular respectivo, e do outro, que

a forma como se utiliza a coisa não traga impactos negativos nos não possuidores. Ou seja, a posse como uma situação de fato já produz direitos e obrigações que são inerentes a sua constituição, atingindo tanto a esfera do indivíduo como o da coletividade.

A situação subjetiva do possuidor é complexa que agrega em si regulamentos de ordem constitucional, administrativa, cível, consumerista, ambiental e que entregarão ao possuidor aspectos ativos e passivos que formatarão sua situação subjetiva. O possuidor pode ferir interesses da coletividade quando usa a coisa, e por isso mesmo, ela poderá discutir juridicamente essa intromissão advinda da conduta do possuidor (CORDEIRO, 2000, p. 118).

Com a constitucionalização do direito privado, ou a entrada de princípios constitucionais para resignificar institutos civis, a posse assumiu um caráter de situação jurídica através do princípio da dignidade da pessoa humana, evoluindo do plano factual.

Não se fala mais em preponderância do interesse público sobre o privado. São esferas de relações que se conjugam através do estabelecimento de limites recíprocos. E a posse é um dos elementos que permitem esse respeito num momento de constitucionalização do direito privado (GALVANI, 2015, p. 95). Então, a situação possessória parte do caso concreto, da ação humana, para daí se inserir no sistema do Direito, o que permite fazer adequar toda a complexidade de efeitos coletivos, pessoais, existenciais, patrimoniais, respeitando os anseios da coletividade e os valores constitucionais.

O direito publico abriga o texto constitucional e leis e decretos de matriz administrativa que enquanto enunciados normativos, predizem o fenômeno possessório em conjunto com os tradicionais de monta jusprivada. As relações de direito publico são patenteadas pelo Estado numa ligação hierárquica e vertical de subordinação com os cidadãos; enquanto as patrocinadas pelo direito privado, mantém-se num patamar horizontal e de igualdade entre esses cidadãos (GALVANI, 2015, p. 99).

A funcionalização da riqueza, ou seja, o entendimento por um possuidor democrático, resta culturalmente prejudicado num país no qual a tradição do “ser proprietário”, do “ser dono de” está profundamente enraizado. Há um tom de individualismo e ilimitação nas condutas que remontam o Brasil-Colônia (GALVANI, 2015, p. 99). Então, relegar o trato da posse somente ao âmbito do direito privado significa manter os mecanismos de controle político, econômico e jurídico nas mãos dos detentores da riqueza, notadamente os grandes proprietários de terras.

Na formação do Brasil, desde o regime de sesmarias até a Lei de Terras de 1850 vigorou a posse ilimitada e individualista com a concentração de terras em latifúndios, sob o domínio a figura de um coronel, que exercitava o poder político e econômico. Com a Lei de Terras houve a consolidação a restrição do acesso ao bem imóvel privado. O Estatuto da Terra trouxe alguns avanços, permitindo a mais pessoas o acesso a propriedade, mas ainda de forma residual, sendo que a posse permaneceu de cunho individualista (ALBUQUERQUE, 2002, p. 101).

A posse só adquiriu autonomia de fato com a Constituição de 1988, sobretudo pela utilização da usucapião especial rural. Ao estudar o texto constitucional de 1988 deve-se evidenciar que ele conserva a primeira dimensão fundamental de tutela que diz respeito a garantia do patrimônio individual, instituído pelo dever de abstenção do Estado frente ao indivíduo com origens no liberalismo clássico. Assim como conserva parâmetros advindos do Estado de Bem-Estar Social, com a prestação de serviços estatais como assistência social, habitação, educação e trabalho, dando ao Estado um dever positivo em relação ao indivíduo. E para além dessas jornadas, a Constituição adentra à constitucionalização de institutos jusprivados. O ato de posse, por meio desse viés deve ser entendido como uma expressão da personalidade humana que carrega em si um feixe de direitos e obrigações (GALVANI, 2015, p. 128).

Nesse sentido, o art. 6º da Constituição trouxe o direito de moradia como um direito fundamental, prescindido da noção de titularidade de domínio ou de patrimônio privado, mas que não pode se efetivar sem a posse. Vários são os instrumentos para se garantir a dignidade da pessoa e dos membros de sua família, que não através da entrega de um título de propriedade, a exemplo do direito real de superfície e da concessão de direito real de uso da Lei 11481/2007 (GALVANI,

2015, p. 129) Mas além desses instrumentos, a usucapião antes de se traduzir em direito à propriedade, tem no seu eixo estrutural a importância da posse e de sua marcante característica social de não oposição por parte dos demais, tanto a coletividade como outros possuidores.

Considerando o artigo 186 da Constituição:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ao analisar o artigo 186 da Constituição que trata dos requisitos da função social da propriedade, deve-se atentar para o fato de que à palavra propriedade não é empregada somente ao direito subjetivo de propriedade de caráter liberal, formal e registral, senão a coisa em si, que serve ao homem como objeto de propriedade. Se assim não o fosse, estariam expurgados do trato constitucional qualquer espécie de arrendamento ou meação que não pelo proprietário que tem seu nome lançado numa matrícula imobiliária. O enunciado ganharia maior precisão com a seguinte redação: A função social é cumprida quando o **bem imóvel** rural atende, simultaneamente (GALVANI, 2015, p. 130).

Em seu revelar mais próprio, a posse contemporânea, além dos atributos e caracteres descritos por Savigny e Ihering revelou-se como instrumento jurídico para promover a dignidade humana, para democratizar relações que somente eram filtradas pelo pano da propriedade individual, ilimitada e absolutista e que por isso produziam sobremaneira externalidades negativas, o que fez elevar custos sociais e particulares de terceiros que não fazem uso daquela coisa.

Há na posse um elemento essencial que a difere do conteúdo do direito de propriedade. A essência da posse se encontra em seu fator intersubjetivo, na experiência que envolve o titular e mais alguém no convívio social, com relação ao controle prático das coisas, porque constantemente efeitos são produzidos além da pessoa do possuidor (GALVANI, 2015, p. 131).

O exercício da posse provoca efeitos em terceiros. O estudo da posse pelo viés da teoria das externalidades corrobora a ideia da posse como função social aplicada. Pois a externalidade aparece quando alguém desenvolve uma conduta que causa impactos no bem-estar, ou no status quo de um terceiro que não integra tal ação. A utilização de um bem pode provocar efeitos nocivos no meio coletivo, e por isso o governo procura solucionar as externalidades tornando obrigatório determinados tipos de comportamento, a exemplo de criminalizar jogar produtos tóxicos em reservatórios de água. E dessa forma obrigando o poluidor a fazer um descarte adequado (MARQUESI, 2009, p. 28).

Tutelar a posse significa tutelar a dignidade humana, pois o possuidor que tem seu interesse esbulhado ou turbado age processualmente não para defender o título de propriedade, mas o domicílio, a morada sua e de sua família e a possibilidade de continuar exprimindo sua personalidade através dos atos de posse (GALVANI, 2015, p. 154).

“A posse é categoria do pensamento jurídico decorrente da necessidade natural do ser humano de assenhoreamento de coisas como meio de subsistência” (MILAGRES, 2011, p. 7). Defender a posse não será defender patrimônio, como ocorre com a defesa da propriedade. Será o tutelar do complexo de relações individuais, familiares e existenciais que se enlaçam e se constroem através do tato com as coisas. Como trabalhado desde Kant, a relação possessória é uma relação entre personalidades que exprimem vontades; uma de manter o controle material sobre a coisa; outra de respeitar esse controle monopolístico (GALVANI, 2015, p. 159). A tutela da posse dá-se no ambiente das pessoas, não da coisa em si. Por fim, o que se protege é sua dignidade.

A função social da posse é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, estando implícita em alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, além de ser observada na doutrina e na jurisprudência, tendo por base as teorias supra citadas. Após trabalhar com as características gerais da posse, ressaltando o instituto em determinados momentos e nas teorias moderna, social e pós positivista, cumpre-se tratar detidamente da função social da posse e diferenciá-la da função social da propriedade.

3: A Função Social da Posse

3.1- A Função Social da Propriedade

Os parâmetros da função social da propriedade expostos no art. 186 da Constituição Federal de 1988 tem uma construção mais antiga e até mais afastada de sua característica “social”, procurando justificar a propriedade privada que já começava a ser questionada em razão das transformações da Revolução Industrial e do aparecimento de novos direitos como o direito do trabalho. Destacam-se nesse momento as teorias de Josserand e Duguit.

Josserand delineou a figura do abuso de direito. Todo direito teria caráter funcional, e quando o exercício se desviasse da finalidade seria abusivo. A propriedade no interior do individualismo jurídico, como absoluta e exclusiva era a mais sujeita ao exercício abusivo., isto é, que seus titulares praticassem o abuso de direito (MARCACINI. 2006, p. 2). A teoria do abuso de direito não explica e nem justifica o fenômeno da decomposição da propriedade.

Duguit define a propriedade como função social do detentor da riqueza, rejeitando a ideia de ser um direito subjetivo, por lhe parecer metafísica. Nesse sentido, a ordem jurídica asseguraria aos indivíduos o poder de usar e desfrutar uma coisa para que o exercessem em benefício de todos (ALBUQUERQUE, 2002, p. 50). A partir desse conceito, pode-se depreender que a propriedade impõe deveres, impondo maiores restrições aos poderes do proprietário.

A função social da propriedade assume dois relevantes aspectos, [...] o primeiro, se referindo aos aspectos estático da propriedade, da sua apropriação, estabelecendo limites para a extensão e aquisição da propriedade por parte do proprietário. O segundo, legitimando a obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo diretamente sobre a atividade de desfrutamento e de utilização do bem e condicionando a estrutura do direito e o seu exercício (ALBUQUERQUE, 2002, p. 54).

Duguit afirmou ser o princípio da função social da propriedade, o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social pela qual devem

contribuir, e portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão de seus bens, como funcionário:

A propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de emprega-la para o crescimento da riqueza social e para interdependência social...A propriedade não é de modo algum um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais as quais deve responder (DUGUIT, 1975, p. 235 *apud* GONÇALVES, 2017, p. 35).

Para Gomes (1953, p.165), o sucesso da teoria de Duguit se deve a uma satisfação psicológica ambivalente, pois na medida em que condenava os excessos a que conduzia a noção quiritária do domínio, justificava a necessidade da propriedade privada.

Para Gaston Morin (1950, p.17), introduzir a ideia de função no conceito de um direito subjetivo, é integrar uma contradição em sua estrutura, pois o direito é uma liberdade no interesse do seu titular e a função uma obrigação em benefício ou ao serviço de outras pessoas que não aquela que a exerce. A lógica exige a escolha entre o conceito de direito e de função; é impossível cumulá-los.

O conceito de Duguit não é satisfatório, pois dizer que a extensão e o conteúdo do domínio se transformam porque o seu titular deve exercê-lo para servir aos outros, no interesse da coletividade, não explica a modificação que está sofrendo, pois nada se elucida quanto às suas causas determinantes. A concepção não impede que se concedam aos proprietários poderes mais amplos, sob o fundamento de que, para o cumprimento da função social, eles são necessários (GOMES, 1953, p.165).

Morin (1950, p.18) rejeita a socialização da propriedade e propõe que é o nascimento de novos direitos individuais, como o direito à vida e ao trabalho que vem a interferir no direito de propriedade, de tal modo, que sobre a mesma coisa, há duas propriedades. Gomes (1953, p. 166) nesse sentido defende que há uma propriedade limitada por direitos de outra ordem, mas que as limitações às faculdades que lhe são inerentes não são atingidas em sua essência.

Uma crítica que se pode fazer é que não há uma socialização da propriedade e sim a expansão da propriedade privada que está se reconciliando com o trabalho, propondo uma espécie de evolução trabalhista, onde a massa trabalhadora alcança apenas a uma promessa de propriedade. A propriedade estática cede diante da propriedade dinâmica, baseada no trabalho ou na utilização das coisas. Ocorre uma espécie de popularização da propriedade estabelecendo uma luta entre os que possuem e os que não possuem, em tese, os grandes proprietários e os pequenos possuidores. A propriedade como fator econômico fundamental da estrutura social existe sob a condição de pertencer a poucos. Assim, de duas uma, ou a popularização se desenvolve ao ponto de cada indivíduo se tornar proprietário, como na democratização política, onde cada pessoa se tornou cidadão; ou se processa apenas em relação a alguns, sob a forma extravagante da ascensão de novos privilegiados (GOMES, 1953, p. 169-172).

Nesse sentido, Gomes estabelece:

A popularização das propriedades acabaria por eliminá-las. Então, ao invés de uma democratização, se verificaria uma socialização por esgotamento, que teria um caráter anarquista. Mas a eliminação das propriedades em consequência de sua pulverização acarretaria o desaparecimento das propriedades criadas, por perda de sentido. Os novos direitos surgem para se contrapor e limitar a propriedade, e esta com o acesso de todos, poderia esgotar a função da propriedade (GOMES, 1953, p. 179).

Não querendo diminuir a assertiva de Orlando Gomes, mas trata-se de um exagero considerar que o acesso de todos a propriedade poderia esgotar sua função social, visto que, e é o que esse trabalho propõe, que uma solução seria o uso da posse como mecanismo de pacificação de conflitos, de acesso a habitação e regularização fundiária, sem, no entanto, diminuir a importância da propriedade privada, que nesse caso, num primeiro momento restaria intocada, dando as situações de fato uma oportunidade para produzirem efeitos na sociedade, sendo que apenas um deles seria a formação de novas propriedades.

Gomes (1953, p. 181) condena as transformações da propriedade por meio da socialização. “Garantir o inquilino a posse da casa onde mora; ao lavrador a terra que cultiva; ao empregado do que emprego que exerce, tudo isso promove

ascensões sociais, mas não encaminha e nem promove a socialização da propriedade”. Diz ainda que pode-se vislumbrar nessas ações, vagas tendências de humanização do direito, no entanto, são insuscetíveis de mudar a realidade histórica. E seguindo essa tendência que o presente estudo propõe a relevância do instituto da posse como mecanismo apto a gerar a mudanças na realidade fundiária, sem procurar ferir o direito de propriedade, de característica registral e burguês.

Portanto, não se trata de socializar a propriedade, e sim de permitir e/ou reconhecer que a realidade fática traduzida na posse, sobretudo no meio rural, onde há maiores distorções pela falta de uma reforma agrária, possa atender seu fim social e assim beneficiar toda a coletividade. Ao invés de perseguir aqueles que por seu trabalho se dignificam e valorizam a cultura da terra, as políticas públicas e os instrumentos de controle devem, por sua vez, estabelecer mecanismos de regularização das posses. Em outras palavras, garantir eficácia ao estabelecido no artigo 191 da Constituição Federal e consubstanciando no artigo 1239 do Código Civil Brasileiro.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

A função social da propriedade impõe um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público, possibilitando a manutenção da qualidade de vida de todos e um desenvolvimento pleno da personalidade. Isto não significa que o interesse individual fica subordinado ao interesse coletivo ou que a estrutura interna do direito de propriedade seja um aspecto instrumental no tocante ao Direito Público, mas que esta estrutura interna deverá ser chamada a recompor eventuais desequilíbrios entre a propriedade individual e a coletividade, ou seja, um mecanismo para tentar corrigir desigualdades econômicas e sociais (TORRES, 2007, p. 128).

A função social da propriedade confere, portanto, ao titular da propriedade, um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. O Judiciário não poderia admitir tutela de um direito de propriedade que desrespeita a sua função social. Decorre daí que a dicção do § 1º do art. 1228 deve ser interpretada como um conteúdo objetivo da função social da propriedade, a traduzir os interesses que, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio para que o seu direito subjetivo seja assegurado (TEPEDINO, 2006, p. 159).

Também o interesse social determina e justifica a propriedade contemporânea e a importância da posse da terra, em substituição à noção clássica de propriedade centrada apenas no modelo oitocentista de direito absoluto do proprietário.

3.2- A Função Social da Posse e sua Diferença da Função Social da Propriedade

Antes de adentrar propriamente na função social da posse devemos observar que a posse, como uma situação de fato que produz efeitos jurídicos atravessou três grandes momentos, categorizados aqui em posse-propriedade, oriundo da conjugação da tradição liberal e medieval; posse-função, já abordado aqui mediante as teorias sociais e complementada na teoria pós-positivista; e a posse-princípio, que alça o instituto a posição de princípio constitucional revelado no interior do princípio da dignidade da pessoa humana.

Num primeiro momento a posse serve apenas para a proteção da propriedade, de acordo com as teorias predominantes na Europa, base da filosofia liberal. A terra se confundia com o próprio direito de liberdade, imanente à natureza do homem. Neste momento ficou claramente evidenciado que a posse e a propriedade eram realidades distintas, e que esta última representava um poder sobre uma coisa. A posse tinha o caráter de mera exteriorização do domínio, sendo uma compilação de estudos que remonta ao direito romano, passando pelo medievo e se estabelecendo nas teorias modernas de Savigny e Ihering. O problema aqui é a redução da posse como um simples poder da propriedade, ou uma posição jurídica

subordinada, que só confere segurança jurídica ao proprietário (ALBUQUERQUE, 2012, p. 8).

Um segundo momento, evidenciada a crise da modernidade, o instituto da posse assume uma visão funcionalizada. No Brasil, a interpretação do instituto de acordo com a Constituição de 88 permite visualizá-lo muito além do que simples materialização de um bem de troca ou de garantia, mas entende-se também que neste bem foi plantada uma vida, construída uma casa, enfim, a posse desperta para seus verdadeiros fins sociais como exigência humana integradora e não de dominação e estratificadora. É uma evolução no conceito de posse trazida pelo desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social e das teorias sociais da posse, complementada e em algum grau até resignificada com a introdução da posse como um valor constitucional (ALBUQUERQUE, 2012, p. 9).

O instituto da posse atravessa um terceiro momento, onde se realça as diversas vertentes de atuação de sua função social, demonstrando um conteúdo mais amplo, inclusive, o de representar a garantia de exploração sustentável do meio ambiente, de acordo com uma gestão participativa de toda a sociedade nos termos do art. 225 da CF. É importante instrumento para a construção de uma identidade multicultural, principalmente no que se refere ao desenvolvimento e preservação dos conhecimentos, inovações e práticas das populações tradicionais, dos índios e quilombolas, associados à biodiversidade (ALBUQUERQUE, 2012, p. 11).

O Código Civil não recepcionou o instituto da função social da posse de forma expressa, razão pela qual a pesquisa utilizar-se-á dos princípios constitucionais, pois estes servem como base legal para fundamentar a legislação civil como um todo e em particular a função social da posse. A função social da posse é até mais importante que a função social da propriedade, pois é através da posse trabalho e da posse moradia que se dá a efetivação de princípios constitucionais. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça (TOLEDO, 2006, p. 98).

A Constituição brasileira, ao eleger a dignidade da pessoa humana como uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrou que é a

Constituição da pessoa humana por excelência. Assim, o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e dignidade da pessoa humana. “a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor” (GALVANI, 2015, p. 121).

A definição que melhor se adequa à definição da função social da posse é a defendida pelo professor Gustavo Tepedino, de que é um dever imposto ao possuidor, a fim de proteger a sociedade de sua autonomia privada, que subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, como fundamento da República, o princípio valor da dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e o dever de diminuição das desigualdades sociais, isso vinculando os titulares de direitos patrimoniais e definindo o conceito jurídico de função social da posse. A função social da posse não é uma limitação ao direito de posse, e sim a exteriorização de seu conteúdo imanente, sua essência e finalidade (TEPEDINO, 2009, p. 41).

Tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente. Só que a propriedade sem a posse é como um recipiente vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas. A propriedade é exercida através da posse. Tanto é que a função social na propriedade não é tão forte quanto na posse, posto que na primeira é possível a subsistência sem o uso da coisa, enquanto que na segunda não (TORRES, 2010, p. 303). “Inútil é o título de propriedade quando o proprietário não tem a posse da coisa, por isso se fundamenta proteger o estado de aparência em questão, ressaltando o caráter fático da posse, mas que em si, guarda conotação jurídica apta a produzir efeitos”, sendo que o mais destacado é o direito de propriedade (LEAL JUNIOR, 2010, p. 40).

“Os bens são submetidos à destinação social e não a sua titularidade. Desta feita decorre que a propriedade, que se constituiu na mera titularidade de algum bem, não é capaz de ensejar uma grande força social como a posse faz” (TORRES, 2010, p. 305). Em outras palavras, a função social da propriedade é exercida através da utilização da propriedade, do bem, e nela está inserida a posse e a função social da posse, porque esta, neste caso, é atributo do direito real de propriedade (PILATI, 2006, p. 25) É a função social da posse como um poder ou uma faculdade no interior

da função social da propriedade. Porém, a função social da posse, também se desdobra de forma independente e autônoma ao direito de propriedade, como durante o lapso de tempo necessário a prescrição aquisitiva da usucapião.

A função social da posse somente é cumprida quando a ocupação gere moradia, habitação ou bens para garantir a subsistência da família do possuidor. Nesse sentido, “morada, habitação e produção de alimentos básicos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana” (TORRES, 2010, p. 313).

A função social da posse se difere da função social da propriedade no que tange à procura de “identidade cultural e social mais ampla e realista, condensando valores do direito privado”. (TOLEDO, 2006, p. 99). A propriedade deve ser tida como forma de se obter riquezas, não apenas para o dono, mas também para toda a coletividade, então deste modo observa-se que o possuidor que não é proprietário, mas que dá uma destinação social a coisa, este deve possuir meios para que possa ter garantido seu direito a posse, tornando-se proprietário da coisa (ALBUQUERQUE, 2002, p. 57).

A função social da posse é mais evidente; a posse já é dinâmica em seu próprio conceito; e, o fundamento da função social da posse revela uma expressão natural da necessidade. A função social da propriedade é menos evidente; sua finalidade é instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição do conceito estático; e, o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade o que há de eliminável.

A posse sempre tem que cumprir uma finalidade social, podendo ser autônoma ou derivada do direito de propriedade, embora não se reduza a mera exteriorização do domínio como destacado em Ihering. Em outras palavras, aquele que possui a posse direta e legitimidade para pleiteá-la em juízo tem a função social da posse com autonomia da função social da propriedade, visto que, em sendo possuidor, não possui a propriedade da coisa, e não há o que se falar em função social da propriedade. Já no caso do detentor, este exerce a função social da posse, no lugar do proprietário, visto que possui diretamente o bem por autorização dele, e

neste caso, a função social da posse se apresenta como derivada da função social da propriedade. O detentor não exerce os poderes inerentes ao domínio já que age em nome do possuidor e subordinado às suas orientações (TEPEDINO, 2011, p. 55).

Sempre que o proprietário não cumpre com as obrigações inerentes à função social da propriedade, e alguém cumpre em seu lugar temos a materialização da função social da posse de forma autônoma à função social da propriedade, entendendo que uma vez que a última não foi cumprida, a primeira passa a gerar direito ou efeitos para o possuidor.

A posse como um instituto jurídico vem satisfazer uma necessidade, seja ela individual ou coletiva; é a utilização de um bem segundo sua destinação econômico-social. Nesse sentido Albuquerque (2002, p. 38-40):

Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.

A função social da posse não é limitação ao direito de posse, mas sim a exteriorização do conteúdo agregado da posse, o que permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A função social da posse traz em si, portanto, ao menos três características marcantes: a) a satisfação das necessidades individuais através da apropriação de bens; b) a satisfação das necessidades do bem comum ou coletivas na medida em que confere utilidade social através da

destinação econômica; c) a qualificação da posse segundo sua finalidade, como na usucapião especial rural fincada na posse-moradia e posse-trabalho.

A função social da posse não está de forma expressa no ordenamento jurídico, mas pode ser depreendida dos princípios constitucionais, dos interesses da sociedade, na doutrina jurídica e nas decisões dos Tribunais.

A função social da posse se destaca e se diferencia da função social da propriedade na medida em que a primeira se realiza no mundo dos fatos, na situação concreta e empírica do universo que compõe o bem, atendendo a uma necessidade pessoal e humana de apropriação de bens, inicialmente com vistas a subsistência, mas com uma finalidade econômica e social, posto que ao ser verificada no cotidiano atinge toda a coletividade. Em outras palavras, considerando o meio rural, a posse de determinado imóvel satisfaz a necessidade básica daquele indivíduo ou família, ao mesmo tempo em que produz a ocupação consciente dos espaços, evitando o abandono e permitindo a fruição da sociedade através da produção, da geração de emprego e renda, e sobretudo, da manutenção do homem no campo.

Destaca-se nesse sentido, a visão de Saleilles, aludida anteriormente:

A função social da posse representa uma alteração do paradigma do conceito da posse, maximizando-o, para visualizar, ao lado dos elementos internos, que são a apreensão física da coisa e a vontade, um outro elemento que compõe esta vontade, qual seja, a sua utilização econômica, e um elemento externo – a consciência social (ALBUQUERQUE, 2002, p. 208).

3.3- Função social da posse: Dogmática e Direito Fundamental, Doutrina e Jurisprudência

A dogmática da função social da posse pode ser observada nos artigos 1.238 a 1.244 que trata da usucapião. Mais precisamente para o presente trabalho, no artigo 1.239, do Código Civil, temos a usucapião especial de imóvel rural, que traz como um dos requisitos a fixação de residência na área e a produção, ou seja, a função social da posse:

Art. 1239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Percebe-se nos artigos 1.238 e 1.242, do Código Civil, a redução dos prazos para a usucapião extraordinária e ordinária, respectivamente, nos casos envolvendo bens imóveis, em relação ao Código Civil anterior. Na usucapião extraordinária o prazo é reduzido de 15 (quinze) para 10 (dez) anos; e, na ordinária de 10 (dez) para 5 (cinco) anos. Entendemos que nos dois casos podemos dizer que a redução acontece diante da situação da posse trabalho para os casos em que aquele que tem a posse, utiliza o imóvel com intuito de moradia, ou realiza obras e investimentos de caráter produtivo, com relevante caráter social e econômico pode usucapí-lo. Essa redução tem fundamento na função social da posse, ou em sua qualificação pelo trabalho e pela moradia. Essas reduções estão de acordo com a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, especificamente, com a proteção do direito à moradia, prevista no artigo 6º da Constituição Federal.

Art. 1238. 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.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Art. 1242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Diante o exposto percebe-se que a função social da posse é um instrumento de grande valia para a sociedade hodierna, em destaque para a sociedade brasileira, que apresenta grandes índices de crescimento demográfico, concentrado

índice de pobreza na periferia e no campo, déficit de moradia, concentração de terras na mão de poucos, entre outros tantos problemas. E, poderá ser através de institutos como o da função social da posse que poderemos assegurar um Estado Democrático e Social de Direito (TOLEDO, 2006, p. 101).

Como se pode ver, a posse como instituto jurídico, possui legitimidade da lei, mas também no fato social, uma vez que decorre da natureza do ser humano que antecede à lei. Isso determina a forma natural do homem utilizar a terra através da ocupação originária.

Dizer que a função social da posse não está prevista no ordenamento jurídico também é algo irrelevante, a posse dotada de função social pode estar em pé de igualdade jurídica com o direito de propriedade e sua função. As vezes até em patamar superior ao se observar as posses qualificadas pelo trabalho e pela moradia da usucapião especial rural, de fundo constitucional, pois num momento de conformação de preceitos civis a preceitos constitucionais, este último deve ser o utilizado, pois vai além da esfera do indivíduo ou de grupos sociais, atingindo a toda sociedade e a depender da situação a toda coletividade(meio ambiente) (ALBUQUERQUE, 2012, p. 12).

A função social da posse, embora não esteja expressa no ordenamento jurídico pode ser depreendida dos preceitos constitucionais, de alguns institutos do Código Civil brasileiro e também por legislações esparsas como a que trata da usucapião especial rural, Lei nº 6969/81.

Na Constituição, se destaca a função social da posse como elemento garantidor dos direitos fundamentais sociais do trabalho e da moradia. Tanto o direito à moradia, quanto o direito ao trabalho, foram inseridos através da Emenda Constitucional n. 26, de 14.02.2000 e incluído no Capítulo II, art. 6º, como direitos sociais, passando este artigo a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Da relação da posse com à moradia, Osório (2004, p. 51) expõe:

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurado a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade e status econômico.

Dentre os Direitos Fundamentais expressos na Constituição, temos a função social da posse como instrumento de efetivação da relação entre particulares, permitindo uma ingerência constitucional na seara privada. Nesse sentido é de se notar que vivenciamos cada vez mais a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. Mas sabemos que nem sempre foi assim, pois os Direitos Fundamentais surgiram para conter o Estado, que se apresentava como um inimigo do indivíduo particular, tendo em vista o regime liberal que servia a burguesia, dando a esta proteção frente ao Estado. Neste período surge o Código Civil como base das relações jurídicas entre privados (SARMENTO, 2004, p. 11).

Os Direitos Fundamentais incidem nas relações privadas, entretanto aqui, a eficácia é atenuada, baseada na ponderação como técnica para mediar o alcance em cada caso. Nestas relações está em jogo o frágil equilíbrio entre os direitos e liberdades e o princípio da autonomia negocial sobre o qual constitui o direito privado. Neste contexto a Constituição pode ser chamada de, “a parte geral do ordenamento jurídico”, porque passa a ser o centro do ordenamento jurídico, onde toda legislação deve a ela estar vinculada. Possuindo eficácia irradiante, ou seja, a Constituição irradia os seus princípios para todo o sistema jurídico, para todos os ramos do direito, inclusive para as relações entre os particulares que devem estar vinculados aos Direitos Fundamentais garantidos constitucionalmente (UBILLOS, 2005, p. 8).

Considerando que a função social da posse é um dos princípios que norteiam a Carta Política, evidenciado de forma prática no instituto da usucapião especial rural fundado nos direitos sociais do trabalho e da moradia, resta claro que essa situação de fato necessita de guarida jurídica e deve se sobrepor, por sua característica de direito fundamental, a eventuais enunciados jusprivados num

momento em que se considera a posse como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O presente trabalho não visa diminuir o propósito da função social da propriedade, ou do direito subjetivo de propriedade, e sim realçar que são esferas de atuação diversas, enquanto a propriedade se insere na esfera jurídica, a posse se insere na esfera factual, onde há pontos de contato nessas duas esferas, mas ressalta-se a independência da função social da posse de fundo constitucional, e também que a posse não é a mera exteriorização do domínio como acentua Ihering, mas um conjunto de relações que se dá tanto entre indivíduos como entre o indivíduo e a coletividade. A posse se fundamenta pela necessidade humana, enquanto que a propriedade se fundamenta numa necessidade econômica.

A posse cumpre regularizar a ocupação dos espaços vagos e de promover a cidadania e a subsistência através da interação do homem com o bem, sendo uma realidade sempre dinâmica, já a propriedade é a regularização da situação jurídica, que tende a perpetuidade e a exclusividade, que se torna dinâmica na medida em que cumpre sua função social, característica essa que impõe limites ao uso e ao gozo, mas não retira de todo sua natureza estática e absoluta. Tanto é, que só precisamos perguntar o que é mais frágil juridicamente falando, a posse ou a propriedade? Não resta dúvida que é a posse, em razão do privilégio secular dado ao direito de propriedade, e por isso a ingerência constitucional fundado na dignidade da pessoa humana veio a tentar minimizar desigualdades que não podem ser resolvidas pelo direito privado, regularizando situações de fato como na usucapião especial rural, permitindo o acesso à terra a uma grande parte da população num país ainda lotado pelos latifúndios, aumentado ainda mais pelo sistema do agronegócio.

Após observar a função social da posse no interior da dogmática e como um direito fundamental deve-se salientar a importância do instituto perante a doutrina e por isso, o presente trabalho irá abordar brevemente três correntes gerais sobre o assunto da função social de cunho contratual, bem como três correntes que trabalham a posse como portadora de uma função econômica e social.

Sobre a função social de cunho contratual temos que, a primeira explica a função social pelo reconhecimento da sociedade em reforçar o poder individual do particular. A segunda estabelece que a função social está diluída em outros princípios (THEODORO JR, 2004, p. 97). E a terceira de que a função social é um dever imposto ao proprietário de zelar pelo bem comum (TEPEDINO, 2009, p. 141). E esta terceira noção é a que mais se aproxima da noção de função social da posse que vem sendo demonstrada nesse trabalho, onde o aspecto mais relevante é o dever que o possessor tem para com a coletividade em sua atividade laborativa.

Sobre a função social contratual, Gustavo Tepedino dispõe que:

A função social do contrato deve ser entendida como princípio que objetivando a República, impõe as partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele dirigidos. Tais interesses dizem respeito, aos consumidores, ao meio ambiente, à livre concorrência e às relações de trabalho (TEPEDINO, 2009, p. 149).

A primeira corrente não merece prosperar, pois a função social não preza, em sua essência, a reforçar o poderio individual ou garantir a autonomia da vontade, sob pena de retornar a ditadura contratual que se vivia antes da chegada do século XX, quando se afirmava ser a propriedade o fundamento do pacto social, não podendo subsistir nenhum outro no caso de abolição da mesma (THEODORO JR, 2004, p. 101). É uma noção reducionista, pois a propriedade fica adstrita aos limites do contrato e a sociedade deve agir, ora como mera espectadora da vontade dos contratantes, o que este trabalho, *data venia*, repudia categoricamente, ora como mola propulsora a satisfazer seus interesses pessoais em detrimento dos interesses da coletividade. Algo, que na atual conjuntura constitucional e civil é inaplicável.

A segunda corrente também demanda críticas, pois se a função social depender de outras normas e princípios para se validar, na verdade estaria funcionando como um enfeite do ordenamento do que efetivamente uma norma regulamentar. Para essa corrente “cabe à doutrina e a jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico, sobretudo, dentro dos princípios

informativos da ordem econômica e social” (THEODORO JR, 2004. p.106). A função social para essa teoria não possui uma destinação prática devendo ser interpretada segundo os moldes da legislação infraconstitucional, amparada na doutrina e jurisprudência. Em outras palavras, a função social se subordina a outros princípios, importando novamente em reducionismo de sua acepção.

A terceira corrente observa na função social, um dever do particular para com a sociedade, se traduzindo numa ferramenta de controle prático e social que se insere tanto na esfera contratual como na relação com a coisa, tutelando concomitantemente interesses individuais e coletivos. Corroborando essa tese, temos alguns institutos na Constituição de 1988, quais sejam, a desapropriação, progressividade fiscal ou parcelamento compulsório do solo, que municiam o Estado a promover a função social, fazendo dela um objetivo a ser cumprida pelos particulares, vistos aqui como integrantes dessa coletividade e por isso com obrigações pertinentes a ela (FARIAS, 2010, p. 121).

Seja o particular, um proprietário, um possuidor ou detentor, toda a posse, especialmente de bens de produção, deve perfilhar-se com a função social que pesa sobre todos os imóveis, nos termos do art. 182, § 2º da Constituição de 1988 (imóvel urbano frente ao plano diretor) e art. 185 e incisos (no caso de imóvel rural, exigem-se o aproveitamento racional e adequado, com preservação do meio ambiente, com respeito às disposições laborais, e exploração que favoreça proprietários e trabalhadores) (PILATI, 2006, p. 29).

A importância da função social da posse vêm de modo a satisfazer as necessidades básicas, essa satisfação não é dada apenas pelo fato do homem ter contato com a terra, mas sim pelo fato dele aproveitar e tirar vantagens da mesma, e a transformando em proveito de todos (ALBUQUERQUE, 2002, p. 141). Tem-se que a posse “está mais estreitamente ligada à realidade fática e, por conseguinte, detém maior potencial de funcionalização”, revelando, assim, a amplitude da sociabilidade humana, que escapa a sistemática do direito (OLIVEIRA, 2005, p.18).

Para abordar a posse em seu aspecto dinâmico, isto é, como portadora de uma função econômica e social, é necessário fixar as seguintes premissas, as quais lastreiam a concepção de uma teoria da posse como função social: a) a posse é um

direito autônomo; b) a posse é um valor; e c) a posse é um instrumento de realização dos objetivos do Estado (MARQUESI, 2001, p. 70).

A posse é um direito autônomo: grande parte da doutrina classifica a posse como sendo a exteriorização do direito de propriedade, relegando, assim, o instituto da posse a um plano secundário. Ao contrário do direito de propriedade, a posse não foi criada com o intuito de constituir uma soberania privada, opondo ao Estado uma resistência acima do direito de igualdade, uma vez que o direito de posse sempre se harmonizou com os interesses vitais da sociedade, que o reclama frente à necessidade de um uso útil a seu titular sem resultar prejuízos a qualquer membro da sociedade (ALBUQUERQUE, 2002, p. 114).

Antes e acima de tudo, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de dar uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos, e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não-proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: *é uma concessão à necessidade* (FACHIN, 1988, p. 18).

Todo homem tem o direito garantido pela Constituição Federal de utilizar a terra como forma de sobrevivência, como forma de realmente efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a apropriação individual da terra e seu uso exclusivo através da posse é fundamental não somente para atender às necessidades individuais do indivíduo, mas principalmente para proporcionar vantagens para toda a coletividade. Uma vez respeitadas estas vantagens, justificase plenamente a importância da posse na sociedade brasileira. E legalmente e constitucionalmente falando, a usucapião especial rural é a que mais demonstra na prática essas vantagens supra citadas.

Ao observar a posse como um valor, temos que, através do poder sobre as coisas, especialmente, sobre a terra, o homem consegue prover a própria subsistência, fazer circular riquezas e assegurar a prosperidade. Não fosse pelo

apossamento do solo e o aproveitamento de suas riquezas, não se produziriam nem os alimentos de subsistência nem os sofisticados aparelhos que tornam mais fácil a vida nas casas e nos ambientes de trabalho. A constatação de que a posse concorre em favor dessa situação de bem-estar, é suficiente, por si só, para classificá-la como um valor (FACHIN, 1988, p. 21).

Logo, admitir a função social da posse é aceitar direito subjetivo ao não-proprietário de, através da terra, obter uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, ou seja, uma existência autônoma. Ao contrário, negar a função social da posse é continuar acreditando que apenas os proprietários têm direito subjetivo sobre a terra e, de certa forma, respaldar as doutrinas tradicionais clássicas que entendem, na função social, apenas seu caráter negativo (MORAES FILHO, 2005, p. 10).

A posse é um instrumento de realização dos objetivos do Estado: o uso e a fruição da coisa deixam clara a importância do instituto da posse para o Estado Democrático de Direito atingir os seus objetivos. Justamente pelo fato de que não basta ao titular apenas possuir um bem, mas sim deve possuí-lo bem (ALBUQUERQUE, 2002, p. 20). Havendo uma efetiva utilização do bem através da posse, que beneficie não somente o possuidor, que dela retirará seus frutos para o seu sustento e de sua família, mas também beneficie toda a coletividade, reduzindo a desigualdade social e aumentando a justiça distributiva, não há dúvidas de que o instituto da posse efetivamente desempenha uma função de extrema importância para o efetivo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2007, p. 376).

Por isso que é necessário observar esses três elementos na configuração da função social da posse, pois diante do caso concreto a função social da posse permite não só uma análise de situações que envolvam a posse em ambos os pólos da relação jurídica, mas também as situações onde um destes pólos fundamenta-se na situação proprietária. Isto é possível justamente pelo fato de que deve ser analisada pelo Judiciário a forma como a coisa, objeto do litígio, vem sendo utilizada, se está cumprindo com sua função social, e não simplesmente contentar-se com a apresentação do justo título por uma das partes (MARQUESI, 2001, p. 78).

A função social da posse, considerando-a como princípio presente no ordenamento jurídico brasileiro, tem suas raízes ditadas pela realidade social e fundiária, pelas diversas interpretações do instituto da posse como fenômeno social, bem como pela interpretação lógica dos valores e princípios contidos na Constituição Federal, como o valor à vida, à moradia, à igualdade, à justiça, todos procurando, da mesma forma, sustentar o princípio da dignidade da pessoa humana como principal objetivo do Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento da função social da posse também atinge os despossuídos, na medida em que lhes garante o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais dispostos na constituição, através de uma melhor distribuição de terras e da participação nos frutos produzidos, mudando o conceito de uma propriedade estática e da inércia da posse para uma propriedade dinâmica e uma posse construtiva (MORAES FILHO, 2005, p. 11).

Atualmente a posse não é mais vista apenas como um fenômeno individual, mas sim como um fato social e jurídico dotado de uma função social. Desse novo ponto de vista resulta uma mudança na importância do instituto da posse, que assume um outro papel na sociedade, e não mais se ajusta ao simples fato de ser considerada a exteriorização do direito de propriedade, ou então, uma mera relação material entre o sujeito e a coisa possuída, sem qualquer conteúdo econômico ou social. Assim, a exemplo do que ocorre com o direito de propriedade, reconhecer o princípio da função social da posse é uma forma de garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a produção de riquezas não somente para o possuidor, mas para toda a coletividade e, principalmente, porque permite ao possuidor condições de viver com dignidade, garantindo seu sustento e de sua família pelo seu próprio trabalho.

Após a análise da função social da posse por meio de considerações doutrinárias segundo seu cunho contratual e sob o aspecto de sua função econômica e social, deve-se, a título de exemplo e de importância do significado do instituto, observar a função social da posse na jurisprudência.

PROCESSUAL CIVIL. PROJETO DE ASSENTAMENTO. RECEBIMENTO DE IMÓVEL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. SÚMULA N.7/STJ. INCIDÊNCIA. A Corte Regional, à unanimidade, entendeu que a recorrida teria cumprido todos os requisitos inseridos no edital para fins de ser beneficiária do lote de terra, do que decorre a regularidade da posse e da licença de ocupação do bem em questão. Entendeu, ainda, que a apelada cumpriu a função social inerente àquela terra, uma vez que ali realizou benfeitorias, como plantações, casa, cercas e pasto, através das quais produziu alimento, ou seja, ocupou a terra para seu sustento (BRASIL, 2010).

Observa-se no caso em questão que o STJ estabeleceu um critério objetivo à aplicação da função social da posse, ou seja, as benfeitorias realizadas com o *animus possidendi* de estabelecer moradia e realizar sua subsistência.

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TEORIA OBJETIVA. FUNÇÃO SOCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POSSE ANTERIOR. ÔNUS DO AUTOR. DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA. PRESUNÇÃO QUE MILITA EM FAVOR DO ATUAL POSSUIDOR. O CC/02 adotou inequivocamente a teoria objetiva quanto à posse, de modo a tornar-se possuidor aquele que tem de fato o exercício de algum poder da propriedade. Com esta opção, o legislador ordinário efetivou o direito constitucional à moradia, pois garantiu aos possuidores que utilizam o imóvel como residência a sua proteção contra aqueles que não dão a correta destinação à função social da posse. Como regra, cabe ao autor da reintegração provar sua posse anterior de forma cabal, vez que ao atual possuidor espousa-se a presunção de que esteja conferindo o aproveitamento correto do bem. Recurso conhecido e negado provimento (BRASIL, 2011).

Observa-se no caso a preferência pelo instituto da posse em detrimento do direito de propriedade, em razão da utilização efetiva do bem, qualificada pela moradia, privilegiando os princípios constitucionais sociais no âmbito privado e demonstrando que o Código de 2002 não adotou de forma pura o entendimento de Ihering, pois para ele a posse era uma mera exteriorização do direito de propriedade, algo que não se nega na decisão, mas que se amplia ao se considerar a junção do caso concreto com a atual momento civil-constitucional.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. FUNÇÃO SOCIAL. Pretensão deduzida por possuidores de mais de 20 anos, que afirmam ter ingressado no imóvel como locatários, mas logo passado a exercer a posse com animus domini. Proprietários cujo paradeiro se desconhece. Citação por edital. Posse comprovadamente

exercida de forma mansa e pacífica. Inversão do caráter da posse. Existência de atos que, de forma inequívoca, indicam a mudança da qualidade da posse, originalmente precária, como a cessação do pagamento de aluguéis , a realização de obras para conservação do bem. Função social da posse. Desídia dos proprietários exteriorizada pela ausência prolongada, que se extrai do insucesso das diligências realizadas pelo Juízo no intuito de localizá-los. Recurso ao qual se dá provimento para declarar os apelantes proprietários do imóvel descrito na inicial, consoante o artigo 1238 do Código Civil (BRASIL, 2011).

O caso em questão mostra a função social da posse em razão do abandono dos proprietários, visto que estes não cumpriam com a função social, além de que o domínio fundado na posse contratual já não existia, pois os proprietários não puderam ser localizados nem com o auxílio da Judiciário. Não faria sentido que a situação de fato que já traz benefícios sociais evidentes à família por 20 anos fosse descaracterizada em prol de um direito absoluto de propriedade, em que o próprio proprietário não faz jus a utilização social da coisa. Nem se pode dizer aqui, que houve uma tentativa de especulação imobiliária, pois inicialmente existia um contrato de locação, e também, a presença dos possuidores permitiu ao domínio se manter, ofuscando um possível perecimento do imóvel. Socialmente acertada a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal deve-se destacar o Recurso Extraordinário 183.188-0, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello temos um exemplo da preferência em assegurar a função social da posse em detrimento do direito propriedade. No caso, proprietários de uma extensa área no Mato Grosso do Sul manusearam uma ação de reintegração de posse contra indígenas que estavam em parte de suas terras. A atuação do Supremo Tribunal Federal se deu no sentido de assegurar a posse aos indígenas, excluindo qualquer legitimação típica de direito privado. No dizer do eminente ministro Celso de Mello:

...a propriedade das terras indígenas outorgada à União nasce com o objetivo de mantê-las reservada a seus legítimos possuidores. Por esta razão são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis. As terras são tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes à União (CF, art. 20 XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, a proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas

e das comunidades tribais... A Carta Política proporcionou às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, caput e seu § 1º) (BRASIL, 2018).

A atuação do Supremo se deu para corrigir distorções criadas pelo modelo do individualismo possessivo quanto ao acesso ao Direito de Propriedade, reformando a decisão estadual que ordenava a reintegração de posse, passando a assegurar o direito de posse aos silvícolas. Nesse sentido, Celso de Mello complementa:

A existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome de particular qualifica-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois deve prevalecer o comando constitucional do art 231, § 6º da CF), que declara nulo e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas (BRASIL, 2018).

A título informativo, mas de grande relevância a função social da posse, questões como essas dos casos inspiraram a edição da Lei 11.284/2006 que dispõe sobre a gestão de florestas, deferindo-se a gestão também às comunidades locais, que poderão não só promover a regularização fundiária das áreas tradicionalmente ocupadas e indispensáveis à preservação de sua identidade cultural como desenvolver a gestão através da produção agrícola sustentável (ALBUQUERQUE, 2012, p. 14).

Este diálogo emancipatório das comunidades tradicionais, povos indígenas e quilombolas através de sua vocação histórica e cultural começa pela valorização da posse da terra e de sua função social, inobstante a titularidade da propriedade pertencer ou não à União, como é o caso das terras indígenas.

No último caso, a posse teve sua força reconhecida e foi justamente ela que permitiu ao Judiciário estabilizar os comportamentos e as expectativas sobre os comportamentos envolvendo os vários pontos de interesses. A posse foi um instrumento hábil a tutelar a dignidade humana, assegurando o direito aos índios, e também a resolver o conflito entre as partes litigantes para além do direito de propriedade ou de questões relativas a sua função social, posto que no caso foi

assegurada a função social da posse dos indígenas com fundo constitucional que determina sua reprodução física e cultural (GALVANI, 2015, p. 85). Pode-se dizer que é uma posse qualificada pela história e pela cultura. No entanto, este tipo de posse não é o foco do presente trabalho, e sim a posse qualificada pelo trabalho e pela moradia que fundamentam a usucapião especial rural. Nesse sentido, cumpre-se tratar do aludido instrumento especificamente em capítulo próprio.

4- A Usucapião Especial Rural como Instrumento de Efetivação da Posse-trabalho e Posse-moradia

4.1- Características Gerais da Usucapião

A usucapião é um modo de aquisição da propriedade e ou de qualquer direito real que se dá pela posse prolongada da coisa, de acordo com os requisitos legais, sendo também denominada de prescrição aquisitiva. Usucapir é um direito que o indivíduo adquire em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência da utilização do bem por determinado tempo, contínuo e incontestadamente (PEREIRA, 2003, p. 25).

A usucapião veio da prescrição, desde o Império Romano sendo introduzida positivamente na Lei das XII Tábuas (BORGES, 2014, p. 17). Usucapião é uma palavra do gênero feminino e de origem latina, formada a partir dos termos *usus* e *capere*, que significam tomada, aquisição, captação pelo uso (CORREIA, 2018, p. 27). Pela perspectiva legal trata-se do direito de um cidadão à posse de um bem móvel ou imóvel, devido ao uso ininterrupto deste por determinado período de tempo. A aquisição mediante usucapião se estende a outros direitos como usufruto da propriedade, servidão predial e superfície e para que a usucapião seja concretizada, deve haver a soma da posse prolongada que figura como elemento objetivo e a vontade do indivíduo em tornar-se dono da propriedade, seu elemento subjetivo.

O foco principal em todas as escolas que trabalham a função social da posse e da propriedade é de que a posse é uma situação de fato em que uma pessoa, independente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a. E essa posse é a causa primeira que serve de fundamento a usucapião. Nesse sentido:

Somente as posses com animus domini, ou seja, com a pretensão de vir a ser dono da coisa, conduzem à usucapião. Tanto o Código Civil como as Constituições se referem a esse requisito com a expressão “possuir como seu”. Por exclusão, não se considera como tais as posses contratuais, como o comodato, locação, usufruto e similares, em que o possuidor reconhece o domínio de outrem e também porque essas posses se desdobram em direta e indireta, pelo que perde o caráter de exclusiva a posse do possuidor direto (PEREIRA, 2003, p. 26).

Os fundamentos da usucapião: a) favorecer aqueles que fazem uso das propriedades requisitadas para moradia e trabalho, ou seja, promover a regularização das posses que atendam à função social, respeitando os comandos constitucionais; b) boicotar proprietários que não fazem bom uso de seus bens, e dessa punir pelo abandono aquele que não cumpra a função social da posse, pois o mau uso da propriedade causa prejuízos de ordem local, mas também coletiva, como por exemplo, a concentração de resíduos; c) e regularizar situações de posse clandestina, promovendo assim uma regularização fundiária. Até porque essas posses que acabam na prática tornando a propriedade produtiva, então nada mais justo e coerente com o ordenamento jurídico do que legitimar essas posses sociais, em detrimento do ocaso do proprietário.

Sobre a importância da posse na usucapião temos:

O pedido de usucapião, qualquer que seja sua modalidade, por constituir forma originária de aquisição de propriedade, deve vir acompanhado de todos os requisitos legais autorizadores. Para tanto, há que estar presente a **prova da posse**, elemento essencial ao reconhecimento do direito pleiteado, de forma ininterrupta e com ânimo de dono (BRASIL, 2015).

4.2- Breves Considerações sobre as Modalidades de Usucapião

Em razão do corte epistemológico do presente trabalho, não se dará atenção a usucapião quanto à coisa móvel prevista nos artigos 1260 a 1262. A usucapião de imóveis está expressa nos artigos 1238 a 1244 do Código Civil Brasileiro. O artigo 1238 trata da usucapião extraordinária. O artigo 1239 trata da usucapião especial rural, objeto deste trabalho que será trabalhado mais detidamente em outro tópico. O artigo 1240 observa a usucapião especial urbana. O artigo 1240-A trata usucapião familiar. O artigo 1242 trata da usucapião ordinária. Ao lado destas espécies temos a usucapião indígena extraída do texto constitucional e a usucapião coletiva introduzida pela Lei nº 10257/2001 (Estatuto da Cidade).

A usucapião extraordinária é aquela que independe de justo título ou de boa-fé, sendo caracterizada pela posse que ocorre com ânimo de dono, sem violência ou oposição, que tenha sido ininterrupta e com duração igual ou superior a 15 anos, observando-se que o prazo poderá baixar de 15 para 10 anos se o possuidor tiver constituído o imóvel como morada habitual ou se nele tiver feito obras de caráter produtivo. Essa diminuição é uma demonstração prática da influência do princípio da função social da posse, pois ressalta-se os aspectos sociais do trabalho e da moradia. No entanto, a essência da usucapião extraordinária não se fundamenta na função social da posse, pois a maior preocupação aqui é o lapso de tempo, onde é mais socialmente adequado possibilitar ao usucapiente à aquisição do domínio do que deixar a propriedade perecer pela inércia do proprietário original, que embora tenha o título, nunca efetivamente usou.

A usucapião extraordinária é a prescrição aquisitiva por tempos imemoriais, aquela posse cujo, início não se tem memória. Nesse sentido, os requisitos para o exercício do instituto são:

- a) capacidade de exercer seus direitos na ordem civil; b) coisa hábil, ou seja, aquela suscetível de ser usucapida; c) ter a posse contínua, sem interrupção, sem contestação ou oposição, atendendo o que está contido na definição do artigo 1196, combinado com o artigo 1238 do Código Civil Brasileiro; d) o ânimo de dono, ou vontade de possuir como seu; e) o lapso de tempo de 15 anos ou 10 a depender da caracterização da função social da posse; f) a propriedade deve ser particular ou privada, porque os bens públicos são imprescritíveis (CORREIA, 2018, p. 68).

A usucapião na modalidade urbana também chamada *pro misero*, tanto a individual como a coletiva possui os mesmos pressupostos, onde a posse deverá ter ocorrido de maneira pacífica; ininterruptamente; sem oposição do proprietário e por prazo igual ou superior a 5 anos. Na modalidade urbana individual os imóveis devem ter uma área de até 250 metros quadrados, e o possuidor deverá ter usado o imóvel para abrigar a si próprio ou a sua família. Neste caso, o justo título não é exigido, sendo presumida a boa-fé. No entanto, o possuidor não pode ser dono de outros imóveis, rurais ou urbanos. A modalidade coletiva é muito similar à urbana individual, havendo a diferença que os imóveis terão área superior a 250 metros quadrados e a área equivalente a cada possuidor deve ser identificável. A usucapião urbana foi observada no artigo 183 da Constituição Federal e melhor trabalhada no Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade consubstanciado na lei nº 10.257/91 pretende não só a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda, mas também a implementação de infraestrutura urbana e prestação de serviços públicos, buscando integrar os assentamentos informais à cidade. Nesse sentido, o art. 4º do Estatuto da Cidade, prevê uma série de instrumentos jurídicos e políticos para auxiliarem a concretização do direito à moradia para toda a população brasileira, dentre eles a usucapião especial urbana individual e coletiva e a concessão de uso para fins de moradia (ZAVASCHI, 2004, p. 5).

No tocante ao prédio urbano, isto é, aquele localizado dentro dos perímetros urbanos das cidades, visou a lei assegurar a moradia ao possuidor despojado de outro teto, pondo fim a um número considerável de situações irregulares de ocupações, bem como dissipando inúmeros conflitos urbanos até então existentes, porque deu oportunidade ao possuidor de regularizar sua situação sobre imóveis urbanos até o limite de 250 metros quadrados, por intermédio da justiça (BORGES, 2014, p. 49).

A posse na usucapião especial urbana é de cinco anos, devendo este prazo transcorrer ininterruptamente e sem oposição, o que significa que a posse deve ser mansa e pacífica. Além disso, a coisa hábil a ser usucapida deve ter área de até 250m², com a finalidade exclusiva de moradia.

Pela leitura dos artigos 183 da Constituição Federal e do artigo 9º caput da lei 10.257/2001, constata-se que o possuidor do imóvel a ser usucapido não poderá

ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, o que evidencia, mais uma vez, o caráter social do instituto (CORREIA, 2018, p. 71). Esse instituto é um instrumento de regularização fundiária destinado a reconhecer o direito à moradia das pessoas e famílias que vivem nos assentamentos em condições precárias de habitação e de segurança jurídica.

Ainda, há que se ressaltar que a usucapião especial urbana está estreitamente vinculada à função social da posse e da propriedade, uma vez que retira o proprietário inerte de seu direito e premia o possuidor que deu uso a coisa. O Estatuto da Cidade, em seu artigo 10, foi mais além, prevendo que os casos de usucapião urbana serão suscetíveis à ação coletiva (BORGES, 2014, p. 53). Nesse sentido, a incorporação do instituto da usucapião especial urbano coletivo veio para contribuir, ainda mais, para a nova política urbana que privilegia a função social da posse e da propriedade, a partir da regularização fundiária em favor da população de baixa renda que vive nas favelas.

A usucapião especial urbana, singular e coletiva, é um importante instrumento de combate à pobreza e erradicação dos graves problemas habitacionais encontrados no Brasil, possibilitando dar maior efetividade do direito social à moradia (ZAVASCHI, 2004, p. 8). E nesse mesmo sentido se direciona a usucapião especial rural, onde ambas possuem como fundamento a função social da posse. Sendo que na usucapião urbana prevalece o sentido social e assistencial e naquela o sentido social e econômico. Possibilitar uma moradia digna nas cidades serve como ponto de partida para que essas famílias possam ser vistas como parte integrante da sociedade, coroando o princípio da dignidade da pessoa humana.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUISITOS - ART. 927, CPC - LINHA FÉRREA HÁ DÉCADAS DESATIVADA POSSE - PROVA - NÃO DESINCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I - Quem se proclama possuidor deve ultrapassar os requisitos legais atinentes à matéria (CPC, art. 927), incumbindo-lhe o ônus da prova (CPC, art. 333, I). II - As provas carreadas aos autos demonstram que a apelada não tinha a posse da área, eis que a via férrea estava desativada há décadas e que, de acordo com a perícia realizada, no trecho objeto da lide, foi construída via pública provida de redes de água, energia elétrica, telefonia e calçamento poliédrico, estando a linha férrea sob o calçamento defronte ao imóvel do apelante. III - A situação não se restringe ao imóvel do apelante, abrangendo inúmeros imóveis, conforme se observa principalmente

pela 1ª foto de f. 184, tornando inviável a reintegração de posse, tendo em vista a função social da posse, que deve ser observada no caso em comento, sob pena de abirmos precedente para que dezenas ou até mesmo centenas de casas no município de Ubá sejam demolidas em virtude da pretensão da apelada, de tentar reativar linha férrea há décadas desativada (BRASIL, 2014).

O recurso, apreciado pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi conhecido e provido para julgar improcedente o pedido de reintegração de posse. A área discutida na ação de reintegração de posse passou a ser propriedade da Ferrovia Centro Atlântica S/A a partir de 1996, quando a companhia ganhou a concessão da Linha Mineira. No entanto, diante do abandono da ferrovia no município de Ubá-MG, ao longo do tempo, a área que delimita com a ferrovia foi sendo ocupada pela população carente e se estabeleceu uma comunidade ao longo de sua extensão. Pelas provas dos autos, percebe-se que foi construído no local via pública, redes de água, energia elétrica, telefonia e calçamento. Apesar de a referida área ter lhe sido concedida, a FCA nunca exerceu a posse concreta sobre o imóvel. Dessa forma, o respeitável acórdão entendeu pela inviabilidade da reintegração de posse, com fundamento no princípio da função social da posse.

Mais do que uma situação de fato, a posse cria uma relação entre a pessoa possuidora e a coisa possuída, e entre a pessoa possuidora e a coletividade. E o possuidor tem o direito de exigir da sociedade que o mantenha de uma forma absoluta nessa situação por meio de uma ação real. Foi o que se vislumbrou no caso em tela, ao possuidor foi garantida a posse através de uma ação real, que reconheceu a sua posse e o deixou instalado na terra a partir do momento em que se identificou a função social da sua posse (ALBUQUERQUE, 2002, p. 96).

Os requisitos para usucapir os imóveis urbanos individuais segundo o artigo 183 da Constituição Federal, que foi completado pelo comando contido no artigo 1239 do Código Civil de 2002 são os seguintes: a) capacidade do adquirente; b) coisa hábil e suscetível de apropriação; c) a posse composta por *possessio ad usucapionem*; d) a posse deve ser ininterrupta, contínua e sem oposição ou contestação, valendo dizer, mansa e pacífica; e) o prédio terá que ter até 250 metros quadrados; f) lapso de tempo de 5 anos, também sem interrupção e com ocupação direta com moradia própria e da família no que realiza obras e serviços produtivos; g) a forma da ocupação há de ser direta, utilizando o imóvel para moradia própria e de sua família; h) provar não ser proprietário de outros imóveis rural ou urbano; i) e ser propriedade particular (CORREIA, 2018, p. 71).

A Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011, em seu artigo 9º, disciplinou uma nova espécie de usucapião, denominada usucapião especial urbana por abandono de lar, acrescentando o artigo 1.240-A ao Código Civil:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos, ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez

A nova categoria pretende solucionar as situações em que um dos cônjuges ou companheiros abandona o lar conjugal, sem renunciar ou partilhar o bem comum. A hipótese prevista na lei envolve a separação de fato de um casal e o abandono do lar por um dos membros desse casal, sem fazer a regular partilha do bem, quando é o caso. Se o ex-cônjuge ou ex-companheiro permanecer no imóvel de até 250 m² durante dois anos, sem oposição daquele que abandonou o lar e, ainda, não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, adquire a propriedade do bem. Deve-se observar que, considerando o regime de comunhão de bens (seja parcial ou universal), a aquisição é da meação do cônjuge que abandonou o lar, embora seja possível se falar em aquisição do todo, nos casos em que há o regime de separação. Havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, afastando-se a possibilidade de se invocar tal modalidade de usucapião (CORREIA, 2018, p. 81). A usucapião familiar é a que mais se afasta do conceito de função social da posse, tendo uma conotação mais assistencial e individual, confrontando os ex-cônjuges a resolverem pendências patrimoniais. Em razão desse universo reduzido de atuação não se pode considerar como apto a ensejar o fundamento da função social da posse.

A usucapião ordinária necessita, em primeiro lugar, que a posse a seja fundada em justo título. A expressão é condenada por causar confusão. O vocábulo justo título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, escrito.

Porém não tem esse sentido. Título aqui se emprega como sinônimo de ato jurídico. O título a que se refere o Código, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência de domínio, numa palavra, os atos translativos (BORGES, 2014, p. 60). Com a locução justo título o que se busca é designar, o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Para a usucapião, o título translativo deve ser ineficaz a aquisição da propriedade, podendo ocorrer pela aquisição *a non domino*, isto é, o fato de não ser o transmitente o dono da coisa, pela aquisição *a domino*, pelo qual o transmitente não tem poder de dispor da coisa ou transfere mediante ato nulo de pleno direito, e pelo erro no modo de aquisição. Se o adquirente está na convicção de que trata com o dono da coisa, o título que serve de causa à aquisição serve como elemento para que realmente adquira o bem mediante usucapião ordinária. O que a lei exige é que esse título seja adequado a transferência, onde temos como exemplos: a) a compra e venda; b) a troca; c) dação em pagamento; d) a doação; e) a arrematação; f) o compromisso de compra e venda (CORREIA, 2018, p. 85).

Para usucapião ordinária, além do justo título é necessário a boa-fé. Se a boa-fé se presume quando há justo título, pode este existir sem aquela, como quando o comprador soube que a coisa comprada não pertencia ao vendedor. A boa-fé é realmente um elemento autônomo (BORGES, 2014, p. 71). É possuidor de boa-fé quem ignora o vício ou o obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa. A boa-fé procede de erro do possuidor, que, falsamente, supõe ser proprietário e este erro deve ser cometido ao adquirir a coisa (ZAVASCHI, 2004, p. 9).

Os requisitos para usucapião ordinária são: a) capacidade de exercer seus direitos na ordem civil; b) coisa hábil, ou seja, suscetível de ser usucapida; c) ter a posse contínua, sem interrupção, sem contestação ou oposição atendendo o que está disposto no artigo 1196, combinado com o artigo 1238 do Código Civil Brasileiro; d) ânimo de dono, ou vontade de possuir como seu; e) o lapso temporal de 15 anos conforme o artigo 1238; f) a propriedade deve ser particular ou privada, visto que os bens públicos são imprescritíveis; g) justo título, ou seja, ato escrito de natureza pública ou privada, capaz de provar os necessários efeitos jurídicos. (CORREIA, 2018, p. 87).

A usucapião ordinária se difere da usucapião rural, principalmente, pela exigência do justo título e da boa-fé, além de que é a usucapião que mais se

distancia da função social da posse, visto que o possuidor é tratado de antemão como um proprietário em razão do falso título. Nessa modalidade, os elementos sociais da moradia e do trabalho não são significativos e assim como a usucapião extraordinária, o fundamento que se sublinha é o lapso de tempo. O objetivo é basicamente consertar um erro seja de fato ou de direito na transmissão da propriedade.

A usucapião indígena assemelha-se com a usucapião rural, os requisitos que a diferem são que a posse seja exercida por indígena, independente de ele ser integrado ou não, e que a posse deva ser comprovada por um período de 10 anos. Já observou-se anteriormente neste trabalho que a posse indígena tem uma essência mais cultural e histórica do que social. Embora não deixa de ser uma função social, só que em aspecto diverso num sentido cultural e social para preservação da identidade.

A disciplina constitucional dada às terras ocupadas pelos povos indígenas, cuja propriedade é da União se encontra no artigo 20, XI: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, § 2o), sendo vedada a sua remoção daqueles locais “salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe que ponha em risco a sua população, ou no interesse da soberania do País, após a deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco” (§ 5o). É modo especialíssimo de tutela da posse em favor de não-proprietário, e paralelamente ao direito de propriedade, com a finalidade de atingir a peculiar função social por ela desenvolvida, já que se trata de condição indispensável para preservar e assegurar aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, compromisso decorrente do artigo 231 da Constituição (ZAVASCHI, 2004, p. 15).

4.3- Usucapião Especial Rural: Antecedentes Históricos

A usucapião especial é uma criação brasileira quanto às inúmeras peculiaridades do instituto que propicia a aquisição da propriedade imóvel, sendo, no entanto, uma formulação derivada da *usucapio*. Os constituintes de 1934 criaram uma usucapião especial, nascida para enfrentar e minimizar os problemas do homem do campo perante uma estrutura fundiária arcaica, estimuladora do latifúndio improdutivo e das migrações (THEODORO JR, 1991, p. 190). A usucapião especial é moderna, tanto pela abrangência do diploma legal que a instituiu, sendo alçada como um princípio constitucional, como pela celeridade imposta à via processual (MARQUESI, 2009, p.80). É um instituto jurídico que não é somente rústico ou constitucional, mas especial, visto que é múltiplo em seus objetivos e não pode ser identificado por uma nomenclatura que estreite a percepção de seus fundamentos. Por isso, cumpre-se tratar das origens desse instituto no país apontando as mudanças significativas.

A Lei das Sesmarias objetivava o cultivo das terras diretamente por seus proprietários, ou por terceiros, a quem fossem dadas em arrendamento, a fim de que fosse sanada a crise de abastecimento pelo qual passava Portugal no fim do século XIV. Estimulou-se em razão dessas medidas, a posse de áreas necessárias e suficientes para a produção de mantimentos que o País luso necessitava. Assim, temos a política fundiária sendo despertada para o binômio posse-trabalho (RIBEIRO, 1999, p. 15).

O resultado da política das Sesmarias após três séculos de utilização pode ser resumido:

a) nossa população é quase nada, em comparação da imensidade do terreno que ocupamos há três séculos; b) as terras estão quase todas repartidas, e poucas há a distribuir, que não estejam sujeitas as invasões dos índios; c) os abarcadores possuem até 20 léguas de terreno, e raras vezes consentem a alguma família estabelecer-se em alguma parte de suas terras, e mesmo quando consentem, é sempre temporariamente e nunca por ajuste, que deixe ficar a família por alguns anos; d) Há muitas famílias pobres, vagando de lugar em lugar, segundo o favor e o capricho dos proprietários das terras, e sempre há falta de meio de obter algum terreno em que façam um estabelecimento permanente (LIMA, 1990, p. 44-45).

A Resolução de 17 de Julho de 1822 suspendeu as concessões das sesmarias. A partir desta data, a aquisição da terra passou a decorrer de quatro situações jurídicas: herança, doação, compra e posse, esta última transmissível por sucessão e alienável livremente.

A Lei de Terras nº 601/1850 disciplinou a regularização da posse em seu artigo 5º onde preceituava: “Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente...”. Esse dispositivo exigia para legitimação da posse os seguintes requisitos: a) posse mansa e pacífica; b) posse de uma área cultivada ou com princípios de cultura; c) morada habitual do posseiro ou de um preposto na área possuída, que fora adquirida por ocupação primária ou havida do primeiro ocupante (RIZZARDO, 1985, p.60).

A Lei de Terras teve como maior realização, o acréscimo do elemento da morada habitual do posseiro ou de representante na área possuída, se aliando a posse-trabalho já estabelecida nas Sesmarias como itens indispensáveis à legitimação da posse. Pelo exposto, conclui-se que a Lei das Sesmarias e a Lei de Terras, teoricamente destinadas à implantação da pequena propriedade produtiva ou de posse de área igualmente cultivada, se não obtiveram êxito nesse objetivo, podem ser apontadas como os textos legislativos precursores da usucapião especial (RIZZARDO, 1985, p. 62).

A Comissão do anteprojeto da Constituição de 1934 estabeleceu os objetivos da usucapião especial rural já elencando muito dos efeitos da função social da posse. Os quatro objetivos observados pelos comissários foram: a) constituir e consolidar a pequena propriedade rural; b) fixar o rurícola; c) aumentar a produção d) e diminuir as tensões sociais no campo.

Com a edição do Estatuto da Terra em 1964, a usucapião especial saiu da esfera constitucional e ingressou no contexto da legislação ordinária. Nesse período cresceu de valoração o estudo sobre a pequena propriedade rural, seus fundamentos e importância econômica e social. A usucapião especial não estimula o minifúndio, que é caracterizado como o imóvel rural que possui área inferior à do

módulo da região, e nem o latifúndio, que é entendido como o imóvel rural de grande área, mantido inexplorado ou explorado incorretamente (RIZZARDO, 1985, p. 90).

A usucapião especial visa, em princípio, ao surgimento e à consolidação de propriedades em áreas caracterizadas por um regime de cultivo direto e de natureza familiar, propiciador da gradual extinção do minifúndio e do latifúndio, e de todas as formas usadas para a injusta exploração das terras (RIZZARDO, 1985, p. 95). Percebe-se que, desde 1934, o espírito que animava o instituto era o da função social da posse, estabelecendo uma posse qualificada voltada a uma vida digna dos possuidores, ao mesmo tempo em que traz benefícios a coletividade, tanto reduzindo as áreas sem ocupação como criando espaço para o aumento da produção e da produtividade no meio rural.

A política agrícola do governo, se efetivamente direcionada ao favorecimento dos profissionais da agropecuária, é o respaldo básico para a constituição e fortalecimento da pequena propriedade rural, cuja produtividade está pendente de dois fatores: um interno, que é o trabalho do posseiro, e, um externo, nascido do suporte técnico-financeiro dos órgãos públicos (RIZZARDO, 1985, p. 140). O posseiro, a coletividade e o poder público, juntos, podem transformar a ideia da organização de pequenas propriedades rurais produtivas em realidades palpáveis, principalmente, se utilizando do fundamento teórico da função social da posse, bem como seus princípios basilares da posse-trabalho e posse-moradia, que na prática se cristalizam na usucapião especial rural.

A posse-trabalho da usucapião especial rural permite que o trabalho do posseiro forme a base de uma nova realidade fundiária para o Brasil, além de ampliar os percentuais da agropecuária no montante da produção nacional, trazendo benefícios econômicos para coletividade. O ideal perseguido é o de que a propriedade tenha finalidade social, garantindo emprego para o homem do campo, bem como produza alimentos para abastecer a população (MARQUESI, 2009, p. 105).

A fixação do rurícola é um dos maiores objetivos da usucapião especial rural, observando que o problema do êxodo rural tem várias causas como o empobrecimento das pessoas, a desigualdade social e falta de oportunidades no

campo. A luta perdida pela posse da terra; a inclemência da natureza e a falta de reiterado apoio de Estado, transformam o posseiro, da situação de homem trabalhador e produtivo, em um quase estrangeiro dentro de seu próprio País. Vasconcelos Torres, na obra *Movimentos Migratórios* aponta, como motivo do êxodo rural, “a falta de um regime sistematizado da pequena propriedade” (RIZZARDO, 1985, p. 97).

Essa sistematização é oferecida pela usucapião especial com seu fundamento teórico da função social da posse, não se podendo falar ainda em função social da propriedade, visto que durante o período para se atingir o fim da prescrição positiva não há o que se falar em propriedade. A situação fática vívida pelo posseiro é protegida pelas características imanentes da função social da posse, qual seja, a posse-trabalho e a posse-moradia, ou seja, a posse qualificada ou com vista a beneficiar tanto o posseiro como a coletividade. Há uma presunção prática de que o imóvel usucapido esteja abandonado. Em outras palavras, a usucapião especial rural permite privilegiar a função social da posse caracterizado pelo posseiro que cuida da terra em detrimento da falta de atenção do proprietário à função social da propriedade dada a situação de abandono.

O que fixa o homem à terra não é apenas a pequena propriedade, mas a produtividade que ela possa oferecer. Da produtividade nasce o lucro que abre as portas do progresso econômico e social para o rurícola. Parece inquestionável que, se o posseiro estabelecer-se numa pequena propriedade, dela detendo, em seguida, o registro imobiliário, desde que conte com recursos financeiros e técnicos, difícil ou improvável será tirá-lo da sua região. Constituída a pequena propriedade, como uma realidade jurídica e como um instrumento capaz de levantar recursos financeiros, o rurícola disporá, então, dos meios indispensáveis para gerir o plantio e estabelecer as bases de uma produção satisfatória (RIZZARDO, 1985, p. 98).

A partir do instante em que ocorrer a constituição e a consolidação da pequena propriedade rural, em razão da qual o rurícola não abandonará a sua região, a produção será uma realidade, assim como cessarão ou diminuirão as tensões sociais no campo. A fase seguinte é a do embate por uma ascensão do produtor rural, em busca de melhores condições de vida (RIZZARDO, 1985, p. 100).

O equilíbrio social no campo pode e deve surgir do somatório de três elementos: o reconhecimento da função social da posse para regularizar as posses atuais, protegendo o pequeno produtor e aqueles que tiram da terra sua subsistência; o título de domínio para o reconhecimento das posses futuras por meio do instituto da usucapião especial rural, dando maior segurança jurídica a situação anterior; e uma política agrária que permita a progressão do rurícola no contexto nacional.

A iniciativa da criação da usucapião especial coube ao constituinte João Mangabeira, redator do artigo 116 do Projeto de Constituição de 1934: “Aquele que, por cinco anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, possui um trecho de terra e a tornou produtiva pelo trabalho, adquire por isto mesmo a plena propriedade do solo, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença”. Esse dispositivo é prova eloquente da catalogação do nosso regime jurídico como uma democracia social e não mais como uma democracia liberal (RIZZARDO, 1985, p. 102).

O Poder Legislativo, pela via da usucapião, deu luz a um instrumento capaz de alterar, para melhor, as encanecidas bases da estrutura fundiária nacional, haja vista que não distinguiu entre nacionais e estrangeiros quanto à capacidade para usucapir; não fixou as dimensões da área passível de ser usucapida, liberando o espírito desbravador do posseiro; não exigiu que o usucapiente estabelecesse sua residência na terra sob o regime de posse; não vinculou a produtividade do trabalho como suficiente às subsistências do requerente e familiares; determinou um lapso temporal reduzido – apenas cinco anos – para aquisição da propriedade. Inexigíveis os requisitos do justo título e da boa-fé (RIZZARDO, 1985, p. 104).

A Constituição de 1934 em seu artigo 125 estabeleceu a usucapião especial rural pela primeira vez em nosso ordenamento, sem desmerecer as contribuições anteriores desde as Sesmarias:

Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra de até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua moradia adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita.

A nova redação da norma constitucional instituidora da usucapião especial trouxe profundas alterações às ideias difundidas por João Mangabeira, reduzindo o

alcance social das mesmas e problematizando o cumprimento dos requisitos necessários à sua materialização (RIZZARDO, 1985, p. 105).

As principais mudanças estabelecidas pela Constituição de 1934 em detrimento da visão Mangabeira foram: a) restringiu a capacidade de usucapir somente aos nacionais, quando suprimiu a expressão *aquele que*, substituindo-a por *todo brasileiro*, o que afastava os estrangeiros da posição de usucapientes quanto à espécie da usucapião ora tratada (RIZZARDO, 1985, p. 107).

b) A exigência de que o usucapiente brasileiro não fosse proprietário rural ou urbano merece severas críticas. (RIZZARDO, 1985, p. 107) Pois não deixa de ser um impedimento à aquisição do domínio e um desestímulo a continuidade da posse, retirando do posseiro de origem urbana ou rural a capacidade de usucapir na área rural, obviamente a mais apropriada às atividades agrícolas, observando-se que a permanência do posseiro beneficia a coletividade no aumento da produção;

c) Ampliou de cinco para dez anos o lapso temporal necessário à aquisição da propriedade pela via da usucapião, desestimulando a continuidade da posse.

d) Fixou em até dez hectares o total da área usucapível, isso dentro de um País de dimensões continentais, com enormes espaços vazios, carente de recursos advindos da atividade primária e naturalmente vocacionado para a agricultura (RIZZARDO, 1985, p. 108). Limite esse que será aumentado posteriormente, mas que tem um objetivo claro de não permitir aos posseiros uma aquisição ilimitada das terras o que só aumentaria a já proeminente concentração de terras no Brasil, mas o dispositivo, desde 1934, preocupado em estabelecer limites ao posseiro, esquece do fundamento teórico que o justifica, ou seja, de uma posse social voltada para o trabalho e moradia, e desde que esses pressupostos estejam preenchidos não há de fato um problema, e sim uma utilização consciente dos espaços e uma ocupação adequada da terra, permitindo ao pequeno agricultor ou agricultor familiar se utilizar de diversas culturas, independente do espaço.

A Constituição de 1946 dispôs no artigo 156 § 3º:

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

O dispositivo trouxe como modificações benéficas a extinção da restrição imposta do estrangeiro, constante da expressão “todo brasileiro”, falando de “todo aquele”, e sabiamente aumentou de dez para vinte e cinco hectares a superfície da área usucapível. (RIZZARDO, 1985, p. 110) A norma constitucional não se baseou no conceito comum de posse, optando pelo efeito material da ocupação do trecho de terra, no qual o usucapiente fixar residência e desenvolver um trabalho produtivo.

O artigo 156 § 3º da Constituição de 1946 vigorou até novembro de 1964, data em que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 10 que dispõe:

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar, ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas nacionais.

Esse dispositivo é o que melhor adequa a função social da posse na usucapião especial rural, mais até do que o disposto na Constituição de 1988 em seu artigo 191, pois traz a ideia de progresso social e econômico do rurícola, além de estabelecer uma área maior do que cinquenta hectares atuais condicionando o uso da terra a uma utilização consciente e condigna do trabalhador rural e sua família, propiciando um desenvolvimento não só da família posseira, como de toda a sociedade.

O dispositivo teve uma vigência de apenas vinte e um dias face a edição do Estatuto da Terra em 30 de novembro de 1964, dilatando de vinte e cinco para cem

hectares a área usucapível, então mais facilmente caracterizável como suficiente para assegurar, ao lavrador e sua família, condições de progresso sócio-econômico; excluiu a exigência referente à morada, mostrando-se preocupar mais com o direito do posseiro do que com sua fixação à terra, ou seja, observando mais a função social da posse do que a limitação à aquisição da propriedade, e incluiu a família do usucapiente como colaboradora na tarefa de tornar produtivo o trecho de terra ocupado, e dessa forma consagrando a unidade familiar de produção, impedindo o êxodo dos filhos que mesmo após a maioridade e da falta de oportunidades não precisarão ir para as cidades em busca de emprego, podendo se realizar junto à família na comunidade rural.

A preocupação do legislador era com o progresso equilibrado do lavrador e não com a exigência de tê-lo simplesmente morando na área. A referência do apoio da família no esforço em busca de uma produção condigna, nada mais é do que a constatação de que todos eram agentes de uma missão comum e interessados diretos no êxito e conjuntamente alcançados por um possível insucesso, ou seja, como uma pequena empresa agrária que assume os riscos do empreendimento, embora esteja se tratando de famílias carentes que trabalham em prol de sua subsistência e eventualmente destinam parte de sua produção para seu progresso pessoal, então em razão das dificuldades iniciais sempre é importante políticas agrícolas no sentido de propiciar a esses posseiros e pequenos proprietários (após a usucapião) de evoluir e ascender socialmente por meio de seu trabalho com a terra (THEODORO JR, 1991, p. 201).

Revestindo a usucapião especial com a supremacia característica das normas constitucionais, os constituintes de 1934 garantiram que um instituto novo, audacioso nos seus desideratos, nascesse com força e estabilidade capazes de oferecer uma permanência no mundo jurídico (RIZZARDO, 1985, p. 100). Embora sabe-se que a concentração de terras não diminuiu ao longo dos anos e que a regularização das posses ainda é difícil, em razão da baixa escolaridade dos pequenos produtores e posseiros, da desigualdade social, da falta de políticas públicas no intuito de reconhecer essas posses ativamente, conferindo o título de domínio, e também por pressões políticas oriundas do agronegócio e dos grandes proprietários de terras, que não querem perder seus espaços, mesmo aqueles que

lhes são inúteis ou abandonados. No entanto, a previsão constitucional nos anos 30 possibilitou um reconhecimento de situações fáticas do período da Velha República, em detrimento dos interesses dos *coronéis*. E também deve-se destacar que há o conhecimento implícito da doutrina de Saleilles no instituto dos anos 30, mesmo que em razão da desigualdade não se pudesse aplicar a teoria na prática.

Quando da entrada em vigência do Estatuto da Terra, Lei nº 4504/64 ocorreu o fenômeno jurídico denominado de desconstitucionalização, que significa a transformação de normas constitucionais anteriores em normas legislativas ordinárias, ou seja, ordinarizou-se o texto, que, no entanto, continua com eficácia plena e executoriedade imediata, incidindo e conferindo direito subjetivo (RIZZARDO, 1985, p. 112).

No Estatuto da Terra, a usucapião especial mereceu disciplinamento no artigo 98:

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

A desconstitucionalização da usucapião especial com o ingresso desse instituto no contexto da legislação ordinária não teve grande repercussão com referência aos seus requisitos e com relação à obtenção das condições indispensáveis à consecução dessa prescrição positiva. Foram mantidas as exigências básicas à configuração da usucapião especial ao longo de trinta anos, tais como: a) que o pretendente não fosse proprietário rural nem urbano; b) que a ocupação ou posse do imóvel fosse contada por dez anos ininterruptos, sem oposição, nem reconhecimento de domínio alheio; c) que a terra fosse cultivada e tornada produtiva pelo trabalho do lavrador e da sua família; d) e, que a aquisição do trecho de terra fosse traduzida para o mundo jurídico por meio de sentença declaratória devidamente transcrita (THEODORO JR, 1991, p. 205).

Com a subordinação da usucapião especial à lei ordinária agrária, caiu por terra a extensão superficial de até cem hectares de área usucapível, estabelecendo-se a prevalência da área do módulo rural, que outra coisa não é senão a propriedade familiar, definidos no artigo 4º, II, e III, do Estatuto da Terra:

II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros; III - "Módulo Rural", a área fixada nos termos do inciso anterior

O instituto do módulo rural é uma unidade de medida variável em função da região em que se situe o imóvel e o tipo de exploração predominante. Além de ser uma medida de área variável, de acordo com a região onde se situe o imóvel rural e em razão do tipo de exploração, o módulo rural deve proporcionar um mínimo de renda que permita ao agricultor e sua família a subsistência e o progresso social e econômico (THEODORO JR, 1991, p. 115).

O jurista Miguel Reale investido na Comissão Revisora do Código Civil de 1916 trouxe a visão mais moderna do instituto da usucapião especial rural a fundamentando na posse-trabalho. A exigência da atualização de preceitos legais levou ao Projeto de Lei nº 634/75 que discutiu alterações no direito de propriedade e mais precisamente observa que “a usucapião especial na codificação civil é uma forma efetiva de perseguição dos rumos novos de direito de propriedade, valorizando a efetiva utilização do imóvel, que se torna produtivo com o trabalho do possuidor” (REALE, 1991, p. 45).

Proclama-se assim, dentro do Código Civil, por inspiração na função social da posse o conceito de posse-trabalho, expressão criada por Miguel Reale e que deu maior amplitude à usucapião especial, mesmo que seus fundamentos já tenham sido anteriormente apresentados. O artigo 1279 do Projeto de Lei nº 634/75 tem a seguinte redação:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel no mesmo Estado, possuir como seu, continua e incontestadamente, por dez anos ininterruptos, imóvel que a lei considera suficiente para assegurar-lhe

sua subsistência, e a da sua família, nele tendo a sua morada, e o tornar produtivo com o seu trabalho, adquirir-lhe-á a propriedade, independentemente de título e de boa-fé.

O projeto reviu o artigo 98 do Estatuto da Terra alterando alguns de seus pontos: a) a exigência do *usucapiens* não ser proprietário rural ou urbano, a qual foi circunscrita ao Estado em que o imóvel se localiza; b) a opção pela expressão possuir como seu em substituição a expressão ocupar por dez anos; c) e a inclusão da desnecessidade das presenças dos requisitos de título e boa-fé na pretensão de obter os benefícios da usucapião especial (THEODORO JR, 1991, p. 118).

O preceito do artigo 98 da Lei 4504/64 foi revisto também quanto à ideia de aquisição da propriedade mediante sentença declaratória, posto que a usucapião especial se estabelece na junção dos requisitos da posse (contínua, incontestada, ininterrupta), durante dez anos, de um trecho de terra suficiente para assegurar a subsistência digna do lavrador e dos seus familiares, nela fixados e residentes (MARQUESI, 2009, p. 119). A sentença declaratória não promove o surgimento desses requisitos, pois a prestação jurisdicional apenas abriga uma situação fática preexistente, pois o reconhecimento da usucapião independe de sentença declaratória anterior.

4.4- A Usucapião Especial Rural na Lei nº 6969/81 e na Constituição de 1988

O artigo 1º da Lei nº 6969/81 elencou as condições indispensáveis à solicitação da usucapião especial:

Art. 1º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Analisando a primeira condição pode-se notar que o titular da pretensão será todo aquele possuidor e não apenas todo brasileiro. A predominância da expressão todo aquele em repúdio à fórmula todo brasileiro refuta os sentimentos mesquinhos de falso nacionalismo (RIZZARDO, 1985, p. 115). Bem como assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções religiosas, nivelando os nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo dos direitos civis.

A segunda condição é a que estabelece que o possuidor não poderá ser proprietário rural nem urbano, sendo uma das condições mais antigas que acompanham este instituto, no entanto, essa proibição pode conduzir a um processo simulatório, pelo qual o proprietário urbano, pretendendo usucapir, transfira para terceiro o bem imóvel que lhe veda o acesso à prescrição positiva especial (TOLEDO, 2006, p. 125).

No intuito de apenas conceder aos rurícolas os benefícios da usucapião sob exame, o legislador excedeu-se, localizando no proprietário urbano um opositor ao possuidor rural, que é, potencialmente, um usucapiente. A limitação do instituto nesse sentido pode prejudicar ao possuidor que efetivamente está se utilizando da terra, tornando-a produtiva por seu trabalho, mesmo que seja uma morada habitual, pois existem aqueles que moram na cidade, mas mantêm uma pequena propriedade rural como um sítio, apenas com fins de cultivo. O Estado ao não permitir que essa situação se regularize, apenas aumenta a concentração de terras e a possibilidade de abandono.

A terceira condição é a posse com *animus domini*, ininterrupta e sem oposição. Sem posse não há usucapião. Na usucapião especial, a posse deve ser exercida no intuito de ter a coisa para si sem intermitências e sem contestação do proprietário contra quem se pretende usucapir (RIZZARDO, 1985, p. 117). Em outras palavras, a posse deve respeitar sua função social tanto no plano individual como no coletivo, onde a usucapião só se estabelece nas situações em que há descaso ou abandono por parte do proprietário que não está cumprindo sua função social, tanto da posse considerando a própria coisa com a coletividade, como da propriedade, considerando o efeito erga omnes do direito subjetivo submetido a

registro que possui limitações expressas no texto constitucional como já mencionado.

A quarta condição é a prazo prescricional aquisitivo positivo de 5 anos. O lapso temporal é consentâneo com a política governamental de acelerar a transformação do posseiro em proprietário. Um período maior certamente reduziria o empenho do possuidor em fixar-se a um determinado trecho de terra, nele morando com sua família e ali desenvolvendo um trabalho contínuo e produtivo, ou seja, desenvolvendo a função social da posse.

A quinta condição é que a área rural deve ser contínua e não excedente de vinte e cinco hectares ou igual a um módulo rural, ainda no espírito do Estatuto da Terra. Observa-se uma discordância quanto a expressão “área contínua” que significa um trecho de terra uniforme e sem fracionamentos, onde isso pode impedir a aquisição dos posseiros na prática, sendo uma assertiva que foi corrigida pelo artigo 191 da Constituição de 1988 que limitou a expressão a “área de terra”, sem o requisito da continuidade (RIZZARDO, 1985, p. 119).

A sexta condição é que o possuidor deve morar na área usucapienda. Caio Mário destaca os conceitos de Domicílio, Residência e Morada. Domicílio Civil de pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Residência é o lugar de morada normal, o local em que a pessoa estabelece uma habitação. E Morada é uma pousada eventual (PEREIRA, 1991, p. 318). Esse preâmbulo tem a finalidade de provar que o legislador errou ao referir-se a obrigatoriedade de o possuidor estabelecer sua *morada* na área usucapienda quando, em verdade, devia ter utilizado o vocábulo *residência*.

A lei exige a fixação do possuidor. A presença do possuidor, como residente na localidade usucapível é fundamental na apreciação e possível deferimento da ação de usucapião especial (RIZZARDO, 1985, p. 121).

A oitava condição é o trabalho produtivo. Miguel Reale esclarece que a usucapião especial visa a proteção de um valor social denominado posse-trabalho, e pelo exposto ao longo deste trabalho, observa-se que este princípio social e constitucional tem raízes na função social da posse aos moldes do trazido por

Saleilles e Gil, e complementado pela teoria pós-positivista da posse. Trabalhando, o usucapiens evolui no campo econômico-social, ao mesmo tempo em que concorre para o desenvolvimento nacional. O trabalho a que se refere a lei não é somente o do possuidor como uma individualidade, mas do esforço conjunto da comunidade familiar e, até, da ajuda de assalariados, especialmente nos períodos do plantio e da colheita (RIZZARDO, 1985, p. 122).

A nona condição é a sentença judicial declaratória, embora seja o requisito menos parecido com uma condição, sendo mais um reconhecimento da situação fática, pois tratando-se de uma sentença declaratória, o objetivo do autor da ação de usucapião é a de regularizar a situação de imóvel, do qual passará a ser proprietário, não se diminuindo seu poder no prazo anterior, visto que dá valor a terra, mediante a função social da posse.

Uma observação importante trazida pela Lei 6969 e que se mantém na Constituição de 1988 é que a usucapião especial não alcança as áreas indispensáveis à segurança nacional, as terras habitadas por índios, nem as áreas de interesse ecológico, assim declarados pelo Poder Executivo. Os posseiros que estão localizados nessas áreas de proibição tem assegurada a preferência para assentamento em outras regiões, mediante os programas de reforma agrária (RIZZARDO, 1985, p. 124).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a usucapião especial rural veio prevista no artigo 191, posteriormente, regulamentada pelo artigo 1.239 do Código Civil, encontrando-se sua justificativa no fato do usucapiente ter tornado, com seu trabalho, produtiva a terra, tendo nela sua morada, bem como a fixação de pessoas no campo.

Atento à fixação do homem à terra em que, sozinho ou com sua família, tiver morada, nela aplicando o seu trabalho, o constituinte bem como o legislador infraconstitucional estabeleceu os seguinte requisitos: a gleba a ser ocupada deve localizar-se na zona rural, pertencer ao domínio particular e ser inferior a cinquenta hectares; o ocupante não pode ser proprietário de imóvel rural ou urbano; a posse ininterrupta e sem oposição exercida com "*animus domini*"; o lapso temporal de cinco anos; sentença judicial declaratória da aquisição do domínio por usucapião,

que deverá ser levada a assento no Cartório de Registro Imobiliário. Considera-se um avanço o aumento do limite de vinte e cinco para cinquenta hectares, possibilitando ao possuidor o cultivo de culturas em larga escala, além de uma diversificação no plantio. No entanto, a manutenção dos outros requisitos considera-se um óbice, sobretudo após a demonstração da Emenda Constitucional nº 10 supra citada.

No entanto, tem-se entendido que o requisito de que o usucapiente não pode ter o domínio de outro imóvel não é rígido, desde que o bem de raiz seja de valor insignificante, pois o objetivo da norma constitucional é proteger o trabalhador rural, incentivando a aquisição da terra por quem a cultivar, tendo nela sua morada. Nem mesmo o fato de o usucapiente ter outra residência, onde fique nos finais de semana não seria obstáculo para pleitear usucapião pro labore (TOLEDO, 2006, p. 128).

A intenção do legislador debruçou-se na necessidade do usucapiente de poucas condições, procurando possibilitar a distribuição da propriedade ociosa aos que necessitam. O possuidor terá que ocupar, residir e trabalhar a área, ininterruptamente, como é definido no *animus domini*. Não deve existir qualquer restrição quanto ao mínimo de área a ser usucapida, somente ao limite legal e constitucional, pois o usucapiente pode exercer posse produtiva, com sustento de sua família e aproveitamento adequado do solo em área até inferior ao próprio módulo rural. A usucapião especial rural se funda na posse-trabalho, ou seja, na viabilidade econômica da pequena propriedade (BORGES, 2014, p.118).

Essa posse direta e com o objetivo de cultivo da terra e desenvolvimento da produção, pelo possuidor ou com o auxílio de sua família, moradores no local, constitui requisito de maior importância à configuração da usucapião pro labore, hoje possível de ser chamada constitucional (RIBEIRO, 1999, p. 118).

O principal efeito da usucapião é transferir ao possuidor que efetuou obras de caráter econômico e social ou que fixou ali a sua moradia, a propriedade da coisa em consonância com os ditames constitucionais. Os efeitos da aquisição pela usucapião operam-se *ex tunc*, isto é, desde o momento em que se inicia a posse, o que certamente protege os negócios jurídicos celebrados entre o possuidor e

terceiros. Outro efeito é a aquisição do domínio pelo possuidor que deu real valor a posse, concretizando a função social da posse, em razão do não atendimento da função social da propriedade do proprietário original (RIBEIRO, 1991, p. 122).

Essa posse qualificada pelo trabalho e pela moradia que dá o devido valor a terra se fundamenta na função social da posse, sendo a teoria por trás dos princípios constitucionais observados e que são requisitos essenciais da usucapião *pro-labore*. É uma configuração tripartite em que os conceitos e sentidos se complementam e se concretizam no instituto da usucapião especial rural. Ou seja, a função social da posse é o fundamento teórico que justifica a posse-trabalho e a posse-moradia, hoje princípios constitucionais aliados a dignidade humana, bem como esses princípios unidos ao fundamento teórico fazem da usucapião especial rural um instituto jurídico apto a regularizar os problemas do campo, intermediando a proteção dos possuidores produtivos, estimulando a agricultura familiar e possibilitando uma interação entre os possuidores e a coletividade, sendo que o Estado por meio de políticas agrícolas deve ser o mecanismo propulsor desse desenvolvimento, que certamente não beneficiará apenas o homem do campo, mas todo o País.

5- CONCLUSÃO

Para se chegar a um conceito de função social da posse foram observadas as principais teorias, bem como a evolução da posse como uma necessidade humana, elegendo ao final o instituto jurídico que mais se aproxima do objetivo pretendido que é a usucapião especial rural.

A função social deve ser entendida como pelo binômio encargo/utilidade, que diz respeito à sociedade, de retenção ou fruição de alguma coisa ou direito, com o objetivo de proteger a sociedade contra a arbitrariedade do particular. É a constatação de que o homem não vive sozinho; ele vive em sociedade, e, para alcançar a sua própria realização, ele precisa auxiliar na promoção da dignidade da sociedade, o que se evidencia quando falamos em termos patrimoniais, na promoção da função social.

A função social da posse é um instrumento apto a promover a regularização fundiária, de forma mais eficaz do que a função social da propriedade, de cunho eminentemente privado e ligado necessariamente a estabelecer limites ao exercício do direito de propriedade. Aquela que de forma prática se observa no instituto da usucapião, sobretudo a especial rural, possui fundo constitucional pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da socialização, e dessa forma, dando aos posseiros a possibilidade de acesso a terra e a sua subsistência, bem como, promovendo o desenvolvimento econômico rural na medida em que há uma ocupação consciente dos espaços voltada a produção de bens e serviços que afeta a toda coletividade. Ou seja, a aplicação da função social da posse permite ao usucapiente não apenas a aquisição do domínio numa eventual ação de usucapião, mas antes, enquanto mero possuidor, tendo controle fático sobre o imóvel, já regulariza a posse frente a seus vizinhos e a coletividade, em razão da não oposição, bem como possibilita reduzir os índices de pobreza e desigualdade social no campo.

A situação da posse, anterior à usucapião, se estabelece com base na função social da posse, onde o controle prático do bem imóvel feito pelo posseiro se resolve pelo respeito dos vizinhos limítrofes e conflitantes com sua área de ocupação, ou seja, pela esfera individual da posse, bem como da coletividade, que reconhece nessa posse produtiva um progresso econômico e social tanto para a família do posseiro como para aqueles que se beneficiam direta e indiretamente pelo aumento de produtividade e pela distribuição da produção. É conferir valor social a situação fática, restando apenas ao Estado promover condições para que essas posses sejam regularizadas.

Cabe, portanto, ao Estado, reconhecer essas latentes situações fáticas e promover a regularização das posses, o que só é possível mediante políticas públicas que tratem o trabalhador rural como apto a gerar riquezas, tanto em benefício próprio como para coletividade. No entanto, a predominância do direito de propriedade construído historicamente é um empecilho a esse reconhecimento, assim como a grande concentração fundiária e a falta de interesse dos governantes em regularizar políticas agrícolas para além dos limites do agronegócio.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALBUQUERQUE. Ana Rita Vieira. Uma Breve Proposta de Reconciliação do Homem com a Natureza, Através da Posse e da sua Função Social, sob a Perspectiva da Análise Econômica Do Direito. In: **Revista de Direito da Cidade** vol 04, nº 02, 2012 p. 300-322

BRASIL, Estatuto da Terra, **Lei n. 4.504**, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 15 de out 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2007/0038669-6**; Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado 07/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciados Aprovados na I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>> Acesso em: 25 out. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 183.188-0 Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227169>> Acesso em 10 de out 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível 1.0699.08.081888-2/002**. Desembargador Relator Mota e Silva. Acórdão n. Data da Publicação: 14/02/2014. Comarca de Ubá. Apelante: Afonso Ramos Teixeira. Apelado: Ferrovia Centro Atlântica S/A. Disponível em <<https://tj->

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119366492/apelacao-civel-ac-10699080818882002-mg/inteiro-teor-119366536> Acesso em 11 out 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Sexta Câmara Cível **Apelação Cível nº 0091824-33.2003.8.19.0001**; DES. EDUARDO GUSMAO ALVES DE BRITO – Julgado em: 26/10/2010. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390028153/apelacao-apl-918243320038190001-rio-de-janeiro-capital-35-vara-civel/inteiro-teor-390028158>> Acesso em 11 out 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Segunda Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0010349-91.2005.8.19.0031** DES. LUCIA MIGUEL S. LIMA - Julgado em: 29/04/2011. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381671358/apelacao-apl-103499120058190031-rio-de-janeiro-marica-1-vara/inteiro-teor-381671363>> Acesso em 11 out 2018.

BORGES. Antonino Moura, **Usucapião**, Ed Complementar/2014

CARRANZA-ÀLVAREZ, César; TERNERA-BARRIOS, Francisco. Posesión y propiedad inmueble; historia de dos conceptos colindantes. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, 2010, p. 87-108. Disponível em <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1367/1257>> Acesso em 10 set. 2018.

CORDEIRO. Antônio Menezes. **A posse; perspectivas dogmáticas atuais**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 194

CORREIA, Jonas Ricardo. **Usucapião no Novo CPC**. 3º ed. Campo Grande: Contemplar, 2018.

DUGUIT. Léon, **Las transformaciones del derecho publico y privado**. Trad. Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 236 *apud* Carlos Roberto Gonçalves, **Direito Civil Brasileiro t. 5**. 12 ed. Saraiva. 2017

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

FARIAS. Jéferson Alburquerque. Função social da posse no Direito brasileiro. **Revista de Direito Civil** nº 67. V. 11. Set-Out/2010)

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das acções possessórias**. 3. ed. São Paulo. Livraria Acadêmica, 1936, p. 565.

GALVANI. Leonardo. **Posse: teoria pós moderna, função social e direitos fundamentais**. Curitiba. Juruá. 2015

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais** (Coord). Edvaldo Brito, atual. Luiz Edson Fachin. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

GOMES. Orlando. Significado da Evolução Contemporânea do Direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito do Ceará**. 1953, p.161-181. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/535> Acesso em 10 out 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direitos Reais**. 7. Ed., v. 5, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 505

HENRIQUES. José Carlos. **A ideia do direito: uma possibilidade a partir da fenomenologia**. Ouro Preto: Livraria e Editora Graphar, 2011. p. 186

HERNANDEZ GIL. Antonio. **La funcion social de la posesión**. Madrid. Alianza Editorial. 1969, p. 220 *apud* GALVANI. Leonardo. **Posse: teoria pós moderna, função social e direitos fundamentais**. Curitiba. Juruá. 2015

IHERING. Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Salvador. Livraria Progresso editora, 2007. p. 140.

KANT. Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 138

LEAL JUNIOR. João Carlos. Da função social da posse. **Revista de Direito Civil nº 67**, v-11, Set-Out 2010.

LIMA. Ruy Cirne de. **Pequena História Territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. 4 ed. São Paulo. Secretaria de Estado da Cultura, 1990. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/323089708/CIRNE-LIMA-Rui-Pequena-historia-territorial-do-Brasil-pdf>> Acesso em 28 out 2018.

MARCACINI. Daniela Tavares Rosa. **O Abuso do Direito**. Dissertação: (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2006. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7426/1/DIR%20-%20Daniela%20Tavares%20R%20Marcacini.pdf>> Acesso em 13 out 2018.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos reais agrários e função social**. 2 ed. Curitiba. Juruá, 2009, p. 201

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes téóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002

MILAGRES. Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 255

MIRANDA, Franciso Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Direito das coisas: posse. Curitiba: Bookseller, 2000, t X, p. 668

MORAES FILHO, Odilon Carpes. **A Função Social da Posse e da Propriedade nos Direitos Reais**. 2005 Disponível em <www.amprgsnet.org.br/images/odilonm2.pdf>. Acesso em 6 set 2018

MORIN. Gaston. Le sens de l'evolution contemporaine du droit de propriété, in le droit privé français au milieu du XV siècle, t. II. Lib. Gen. De droit et jurisprudence, Paris, 1950 *apud GOMES. Orlando. Significado da Evolução Contemporânea do Direito de propriedade. In: Revista da Faculdade de Direito do Ceará. 1953, p.161-181.* Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/535>> Acesso em 10 out 2018

OLIVEIRA. Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro. Forense, 2006

OLIVEIRA. Umberto Machado de. **Princípios de direito agrário na Constituição vigente**. Curitiba. Juruá, 2010

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, B,; FERNANDES, E. (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processor de gestão**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18º ed, 2003 [

PILATI. José Isaac. **Estudo da Posse no Código Civil brasileiro**, 2006. Disponível em < <https://pt.scribd.com/document/94558123/POSSE-2-1247230428>> Acesso em 9 Out 2018.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1999

RIZZARDO, Arnaldo. **O Uso da Terra no Direito Agrário**. 3.ed., Rio de Janeiro:AIDE, 1985.

SALEILLES. Raymond. **Étude sur les éléments constitutifs de la possession**. 1907. Disponível em <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553679/f10.image>> Acesso em 18 out 2018

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SOUZA. Adriano Stanley Rocha. **Direito das coisas**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2011. p. 48

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, tomo II, Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2006

TEPEDINO. Gustavo. **A função social da propriedade e o Meio-ambiente**. In: temas de Direito Civil, t 3, Renovar. 2009

TEPEDINO. Gustavo. **Comentários ao Código Civil- Direito das Coisas**. Ed Saraiva 2011. p75-85

THEODORO JR. Humberto. **Posse e Usucapião**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991

THEODORO JR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TOBEÑAS. José Castán. **La posesion de bienes muebles**: estudios de derecho Alemán y de derecho Francés. Madrid: Libreria General de Victoriano Suarez, 1927. p. 446

TOLEDO. Roberta Cristina Paganini. **A Posse-Trabalho**; Tese de Mestrado em Direito; Pontificia Universidade Católica; São Paulo – 2006. Disponível em <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp011998.pdf>> Acesso em 15 out 2018.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES. Marcos Alcino de. **A propriedade e a posse**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? **Revista da Ajuris**– Associação dos juízes do Rio Grande do Sul ,Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, p. 333-367, jun. 2005 Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5605/7295>> Acesso 10 out 2018

WESTPHAL, R. Kenneth. Uma justificativa kantiana da posse. In: GOMES, Alexandre Travessoni. **Kant e o Direito**: Immanuel Kant. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 417-448. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732010000200005> Acesso em 11 out 2018.

ZAVASCHI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civi. In: **Revista Direito e Democracia**. Vol. 5 nº 1. Rio Grande do Sul. 2004 Disponível em <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2470>> Acesso em 10 out 2018