

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AGRÁRIO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DA TERRA NA
CONCESSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE
POSSE**

NATASHA GOMES MOREIRA ABREU

Orientador: Prof. Dr. Adegmar José Ferreira

GOIÂNIA
2015

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR AS TESES E DISSERTAÇÕES ELETRÔNICAS (TEDE) NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1. Identificação do material bibliográfico: **Dissertação** **Tese**

2. Identificação da Tese ou Dissertação

Autor (a):	Natasha Gomes Moreira Abreu		
E-mail:	natasha.moreira.adv@gmail.com		
Seu e-mail pode ser disponibilizado na página?	<input checked="" type="checkbox"/> Sim	<input type="checkbox"/> Não	
Vínculo empregatício do autor			
Agência de fomento:	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior	Sigla:	CAPES
País:	Brasil	UF:	GO CNPJ: 00.889.834/0001-08
Título:	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DA TERRA NA CONCESSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE		
Palavras-chave:	Propriedade Funcionalizada. Repersonalização da Posse. Forças Sociais. Sociedade Aberta.		
Título em outra língua:	Social function of land property in the preliminary allocation in possession of return of action		
Palavras-chave em outra língua:	Functionalized Property. Repersonalization Tenure. Social Forces. Open Society.		
Área de concentração:	Direito		
Data defesa: (dd/mm/aaaa)	20/02/2015		
Programa de Pós-Graduação:	Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás		
Orientador (a):	Adegmar José Ferreira		
E-mail:	adegmarjferreira@uol.com.br		
Co-orientador (a):*	Nivaldo dos Santos		
E-mail:	nivaldodossantos@bol.com.br		

*Necessita do CPF quando não constar no SisPG

3. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF ou DOC da tese ou dissertação.

O sistema da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações garante aos autores, que os arquivos contendo eletronicamente as teses e ou dissertações, antes de sua disponibilização, receberão procedimentos de segurança, criptografia (para não permitir cópia e extração de conteúdo, permitindo apenas impressão fraca) usando o padrão do Acrobat.

Natasha Gomes Moreira Abreu
Assinatura do (a) autor (a)

Data: 10 /março/2015.

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

NATASHA GOMES MOREIRA ABREU

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DA TERRA NA
CONCESSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE
POSSE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, para obtenção do título de Mestre em Direito Agrário.

Orientador:

Prof. Dr. Adegmar José Ferreira – U.F.G.

Comitê de Orientação:

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos – U.F.G.

GOIÂNIA
2015

Ficha catalográfica elaborada automaticamente
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob orientação do Sibi/UFG.

Abreu, Natasha Gomes Moreira

A função social da propriedade da terra na concessão de liminar em
ação de reintegração de posse. [manuscrito] / Natasha Gomes Moreira
Abreu. - 2015.
xii, 93 f.

Orientador: Prof. Dr. Adegmar José Ferreira; co-orientador Dr.
Nivaldo dos Santos.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade
de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário,
Goiânia, 2015.

Bibliografia.
Inclui siglas.


1. Propriedade Funcionalizada. 2. Repersonalização da Posse. 3.
Forças Sociais. 4. Sociedade Aberta. I. Ferreira, Adegmar José, orient.
II. Santos, Nivaldo dos, co-orient. III. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Natasha Gomes Moreira Abreu


A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DA TERRA NA CONCESSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Dissertação defendida e aprovada em 20/02/2015 para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, perante a Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:



Orientador: Prof. Dr. Adegmar José Ferreira (UFG)
Presidente da Banca

Prof. Dr. Rabah Belaidi (UFG)
Examinador



Profa. Dra. Maurides Batista de Macêdo Filha (UFG)
Examinadora

Dedico,

À minha mãe, Maria Cristina Moreira, que com seu ativismo e seu senso de justiça social inspirou-me a produzir este trabalho.

Ao meu pai, Wilame Gomes de Abreu, que me inspira a buscar sempre o conhecimento, a nunca medir esforços para os estudos, e a seguir a docência.

À minha madrinha, Magna Maria das Neves, que tanto orgulha de mim e muito me apoia.

Ao Pedro, meu amor, por estar sempre ao meu lado, e aos meus amigos fraternos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Dr. José Adegmar José Ferreira que com dedicação e paciência acompanhou-me ao longo desses dois anos de mestrado. Obrigada pelo apoio, ensinamentos e pela condução deste trabalho.

Ao meu co-orientador, prof. Dr. Nivaldo dos Santos que me mostrou os passos da pesquisa científica, que não mediu esforços para me ajudar em todos os momentos.

Aos professores Rabah Belaidi e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega pela atenção e apoio prestados ao longo da coordenação do Programa de Mestrado e pelas contribuições e sugestões valorosas por ocasião da qualificação que permitiu melhorar esta dissertação.

Aos professores Rabah Belaidi e Maurides Batista de Macêdo Filha por prontamente terem aceitado o convite para comporem a banca de defesa. E por darem suas contribuições de grande valia ao meu trabalho.

À todos os professores do Programa de Mestrado que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação.

Aos colegas de mestrado pelos bons momentos compartilhados.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPT – Comissão Pastoral da Terra

DF – Distrito Federal

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário

MP – Ministério Público

MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

OAN – Ouvidoria Agrária Nacional

OAB-GO - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Goiás

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

PM – Polícia Militar

PRE - Polícia Rodoviária Estadual

PRF – Polícia Rodoviária Federal

SSPJ-GO - Secretaria de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás

TJ-GO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	19
1.1 História da Função Social da propriedade.....	19
1.1.1 O conceito de propriedade e a função social	19
1.2 A Função Social da Propriedade nas Constituições Brasileiras anteriores à 1988	29
1.3 Função social da propriedade rural e a Constituição de 1988	33
1.4 Terra, Propriedade e Função Social	36
1.5 A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.....	39
1.5.1 Crítica ao Positivismo Jurídico	39
1.5.2 A Nova Hermenêutica e o Método hermenêutico-concretizador	43
1.5.3 A teoria de Peter Häberle	47
2 A FUNÇÃO SOCIAL E A TUTELA DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA	52
2.1 Função Social da Propriedade e sua Repercussão na Tutela da Posse	52
2.1.1 Origem histórica da posse no Brasil.....	52
2.1.2 A posse e suas teorias	54
2.1.3 Conceito de posse e suas classificações.....	56
2.1.4 Perda e Proteção da Posse	58
2.1.5 Função social da posse e a função social da propriedade	60
2.2 O Código de Processo Civil de 1973 e a função social da propriedade.....	65
2.3 O Novo Código de Processo Civil e a função social da propriedade.....	68
3 ESTUDO DE CASO	71
3.1 Coleta e Análise de Dados do Processo nº 296220-60.2014.8.09.0000.....	71
3.1.1 Memorial do estudo de caso	71
3.1.2 Qualificação das partes	72
3.1.3 Pedidos	73
3.1.4 Tipo de posse e procedimento processual	74

3.1.5	A participação do Ministério Público, do Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários, da Ouvidoria Agrária e da Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública	75
3.1.6	Audiência de Justificação	79
3.1.7	Concessão de liminar	80
3.2	Resultado e Discussão.....	84
CONCLUSÃO.....		91
REFERÊNCIAS.....		93

RESUMO

ABREU, Natasha Gomes Moreira. **A função social da propriedade da terra na concessão de liminar em ação de reintegração de posse.** 2015, 106f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Universidade Federal de Goiás – UFG, 2015.

A presente dissertação tem por objeto o tema da função social da propriedade da terra na concessão de liminar em ação de reintegração de posse e foi desenvolvida dentro da linha de pesquisa de Fundamentos e Institutos Jurídicos da Propriedade e da Posse. A discussão orienta-se pelo problema de pesquisa sobre a interpretação do artigo 927 do Código de Processo Civil ao conceder em caráter liminar a proteção jurídica da propriedade da terra nos conflitos coletivos sem condicioná-la ao atendimento da função social e se isto está em conformidade com o arcabouço jurídico-constitucional e com a sociedade aberta dos intérpretes. O marco teórico adotado é a teoria de Peter Häberle sobre a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição que se utiliza do método hermenêutico concretizador. Objetivou-se demonstrar como o Poder Judiciário fundamenta a exigência ou não do cumprimento da função social da propriedade da terra para concessão da liminar de reintegração de posse e a sua postura diante dos preceitos constitucionais. A pesquisa foi desenvolvida através de uma revisão de literatura e de estudo de caso da Reintegração de Posse da fazenda Santa Mônica ocupada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, referente ao processo nº 296220-60.2014.8.09.0000 da vara de Fazendas Públicas e 2ª cível da Comarca de Corumbá de Goiás. Os resultados encontrados evidenciam uma resposta negativa ao problema investigado, a proteção da propriedade da terra condicionada ao cumprimento da função social não foi observada na decisão liminar proferida pelo juízo da vara. Desta forma, a postura do Poder Judiciário não procede para concretização da Constituição Federal de 1988 porque não incorpora as reivindicações sociais do acesso à terra, contribuindo para a gestão dos conflitos, traços que impedem a sociedade aberta, plural e democrática.

Palavras-chave: Propriedade Funcionalizada. Repersonalização da Posse. Forças Sociais. Sociedade Aberta.

ABSTRACT

ABREU, Natasha Gomes Moreira. **Social function of land property in the preliminary allocation in possession of return of action.** 2015, 106f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Universidade Federal de Goiás – UFG, 2015.

This work aims the theme of the social function of land ownership in the injunction granted in repossession action and was developed within the Basics line of research institutes and Legal Property and Possession. The discussion is guided by the research problem on the interpretation of article 927 of the Civil Procedure Code to grant a preliminary basis in the legal protection of land ownership in collective disputes without conditioning it to the attention of the social function and if it complies with the legal and constitutional framework and the open society of interpreters. The theoretical framework adopted is the Peter Häberle's theory of Open Society of Interpreters of the Constitution which uses the concretizing hermeneutical method. The objective was to demonstrate how the Judiciary underlies the requirement or not the fulfillment of the social function of land ownership for granting repossession injunction and its stance on the constitutional principles. The research was developed through a literature review and case study farm Repossession Santa Monica occupied by the Rural Workers Landless Movement, referring to paragraph 296220-60.2014.8.09.0000 process of Treasuries and stick 2nd civil Corumbá the County of Goiás. The results show a negative response to the problem investigated, the protection of property of land subject to the fulfillment of the social function was not observed in the preliminary ruling given by the stick judgment. Thus, the position of the judiciary does not proceed to completion of the 1988 Federal Constitution because it does not incorporate the social demands of access to land, contributing to conflict management, traits that hinder open, pluralistic and democratic society.

Keywords: Functionalized Property. Repersonalization Tenure. Social Forces. Open Society.

INTRODUÇÃO

A dissertação é concebida dentro da linha de pesquisa sobre Fundamentos e Institutos Jurídicos da Propriedade e da Posse. A escolha do tema Função Social da Propriedade da Terra na concessão de liminar¹ em Ação de Reintegração de Posse deve-se ao fato de haver um intenso debate sobre o deferimento de decisão liminar na ação de reintegração de posse vinculada ao cumprimento da função social da propriedade em que se discute no direito a nova postura de magistrados que estão construindo uma nova exegese da norma material e procedimental ao interpretar os artigos 927 e seguintes do Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal, quando diante de conflitos coletivos fundiários rurais.

Considerando-se que os conflitos coletivos pela posse e propriedade da terra arrastam-se há anos, que segundo dados da CPT Nacional (2013) em relação ao ano de 2013, ocorreram 230 ocupações e 22.824 famílias ocuparam 308.457 hectares de terras. As áreas em litígios em todo o Brasil no ano de 2013 comparadas ao ano de 2012 mantiveram-se constantes. A ocupação é estratégia de luta pela reforma agrária, é fonte de conflitos mas não de violência, conforme estudo dos autores Tárrega et al (2012). A finalidade principal deste trabalho foi pensar em contribuir de forma reflexiva e pertinente no estudo junto ao Programa de Mestrado em Direito Agrário dessa Universidade que investiga os conflitos agrários através do *Observatório da Justiça*.

A pesquisa tentou compreender que a interpretação dada ao artigo 927 do CPC (Código de Processo Civil), para conceder em caráter liminar a proteção jurídica da propriedade da terra nos conflitos coletivos, sem condicioná-la ao atendimento da função social, resta insuficiente, face à conformidade com o arcabouço jurídico-constitucional e com a sociedade aberta de intérpretes da constituição.

O artigo 926 e seguintes do Código de Processo Civil abordam a ação de reintegração de posse. O artigo 927 do mesmo *códex* dispõe sobre os pressupostos

¹ A liminar é uma decisão judicial de antecipação de tutela no início da lide, uma medida de urgência, provisória e satisfativa. Em razão de ser satisfativa, pode provocar conflito social quando prolatada sem a presença das forças sociais, sem considerar o direito dos demais, porque de antemão bloqueia a capacidade de pensar nos demais personagens sociais envolvidos.

legais para deferimento de reintegração de posse sendo: a prova da posse, do esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse. Não aparece o elemento da função social.

A partir da consagração constitucional da função social da propriedade, como princípio da ordem econômica e como um direito fundamental, tornou-se possível a discussão, no regramento infraconstitucional, a proteção da propriedade como o exercício efetivo da posse sujeita à prova do cumprimento da função social. E que uma propriedade sem função social, implica em ausência também da função social da posse e, conseqüentemente, a não proteção pelo Direito, tornando-se a terra ocupável.

Alguns esforços foram feitos para compreender que o princípio da função social é condição inerente ao direito à propriedade e à proteção possessória. No entanto, é sensivelmente perceptível que a forma de fundamentar do Poder Judiciário não exige o cumprimento da função social da propriedade da terra para a concessão de liminar de reintegração de posse. Todavia, a reflexão desenvolveu-se sobre a postura do juiz diante da Constituição, quando condiciona ou não o cumprimento da função social como requisito para a proteção jurídica da propriedade da terra.

Nota-se, inicialmente, que a exigência da função social não é levada em conta para a tomada de decisão em liminar de reintegração de posse. O leva a crer que a interpretação dada ao artigo 927 do CPC não promove a concretização da Constituição e segue as marcas de uma sociedade fechada, quando não incorpora a realidade social dos intérpretes não oficiais.

Adotou-se o método genealógico para mapeamento conceitual da propriedade e sua função social discutida pelos filósofos, que pensaram a propriedade a partir da igualdade, da liberdade, do direito do indivíduo e dos sujeitos coletivos pertencentes à sociedade. A partir da história das ideias, é possível compreender como ao longo do tempo foi construído o conceito de hoje, de que a função social integra o conteúdo da propriedade.

A evolução histórica nas constituições brasileiras anteriores à 1988 também são importantes instrumentos para perceber as transformações sociais e políticas ocorridas desde a Constituição do Império, a elasticidade e flexibilidade da lei. A

função social da propriedade apareceu gradativamente nas Constituições antes de 1988 mas só ganhou consistência na Constituição Federal de 1988.

Tal evolução histórica da função social seja no conceito de propriedade pensada pelos filósofos seja como foi construída nas Constituições brasileiras são significativas. É preciso um olhar para esse passado, para todo esse movimento histórico de forma a ajudar na percepção atual da instituição da propriedade, porque o conceito da função social não esteve pronto e acabado, mas foi construído para hoje pensar a proteção da propriedade mediante o cumprimento da função social e isso não deve ser ignorado pelo magistrado.

Foi utilizado o método antitético sobre a análise do discurso da propriedade em torno da função social. A propriedade é vista de forma positiva quando atende aos interesses do indivíduo e da coletividade e um mal, quando antissocial, quando bloqueia a capacidade de pensar nos demais sujeitos, quando serve de especulação imobiliária, quando não atende sua função socioambiental e econômica.

A dissertação manteve-se em consonância com a linha de pesquisa, apoiando-se na revisão de literatura sobre o tema proposto, estudo de caso do processo de Reintegração de Posse da Fazenda Santa Mônica Agropecuária S/A em Corumbá de Goiás.

A análise crítica do processo nº 296220-60.20148.09.0000, contou com a ajuda do método descritivo para a apresentação dos resultados alcançados e discussão sobre a decisão judicial, a partir da teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes de Peter Häberle defensor do método hermenêutico-concretizador.

Foram identificados os seguintes elementos: a qualificação das partes, os pedidos, tipo e procedimento processual, a participação do Ministério Público Estadual, do Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários, da Ouvidoria Agrária e da Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública, audiência de justificação, concessão de liminar.

A dissertação foi dividida em três capítulos para alcançar os objetivos propostos. Sendo que, no primeiro capítulo, o foco da discussão foi a História da Função Social da Propriedade, em que o conceito de propriedade e a função social foram tratados por Aristóteles, São Tomás de Aquino, John Locke, Jean-Jacques

Rousseau; e em seguida, nas encíclicas papais, a partir da encíclica *Popularum Progressio* de 1967 do papa João Paulo VI, a doutrina da Igreja Católica defende que a propriedade não deveria constituir-se de modo absoluto e incondicional e sim limitado.

Contudo, foi através de Léon Duguit que a função social da propriedade foi abordada com maior profundidade e o primeiro a utilizar a expressão “função social”.

A partir de uma análise das Constituições Brasileiras, verificou-se que a função social da propriedade aparece primeiramente na Constituição de 1934, influenciada pelas Constituições Mexicana e Alemã. Inclusive foi a primeira a afastar o direito absoluto de propriedade, mas só após a Constituição Cidadã de 1988 que o Direito Agrário foi consolidado e obteve avanço.

Na Constituição de 1988, a função social aparece como elemento integrante do direito de propriedade, como princípio da ordem econômica. Dispôs que a propriedade rural deverá cumprir uma função social compreendida simultaneamente nos requisitos econômico e socioambiental, quais sejam: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente e observância que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Analisou-se as representações da terra, a sua transformação em bem de produção, a propriedade dos bens de produção e sua função social. Delineou-se que a terra é fonte de vida, riqueza, representa vários simbolismos. É sinônimo de luta contra as injustiças que a concentração fundiária promove. Inicialmente a terra era vista como bem coletivo, a partir do mercantilismo a terra passa a ser apropriada e torna-se mercadoria, vira propriedade e deixa de ser terra segundo Marés. A terra passa a ser bem de produção da propriedade.

A propriedade destinada à produção de mercadorias tem sempre uma função social pois, os bens de produção desempenham e produzem riquezas econômica e social. A função social da propriedade é norma imperativa que determina o conteúdo da propriedade, porque toda riqueza é socialmente produzida. De tal forma, que a propriedade funcionalizada consiste na correta utilização econômica da terra e na sua justa distribuição, de modo a atender ao bem-estar social.

Ainda no primeiro capítulo, tomou-se a discussão sobre a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle, passando pela crítica ao

positivismo jurídico, à nova hermenêutica, com enfoque no seu método hermenêutico concretizador. A escolha deve-se pelo fato deste impor o processo alargado de interpretação da Constituição, em que todas as camadas da sociedade podem ser intérpretes da norma, não apenas monopólio dos intérpretes jurídicos.

O pensador alemão da Nova Hermenêutica adota o método hermenêutico concretizador que aborda a leitura do texto normativo, iniciando-o a partir da pré-compreensão do intérprete. Uma leitura da realidade vivida e do problema concreto, os quais dão ao intérprete um papel criador na obtenção do sentido do texto normativo.

Ele defende que a sociedade seja aberta, plural e democrática, em que todos que vivem na sociedade sejam agentes transformadores da realidade constitucional. A interpretação constitucional passa pelo círculo de intérpretes compreendido como amplo e não monopólio dos operadores do direito, no sentido de integrar a norma com a realidade social.

No segundo capítulo foi abordado a história da posse no Brasil, que tem origem na colonização. A posse conquistou reconhecimento após a proibição das sesmarias. Os conflitos pela terra surgiram pela ausência de regulamentação das terras, que contribuiu juntamente com o processo das sesmarias para o avanço das grandes propriedades e expulsão dos pequenos posseiros. O pequeno posseiro foi transformado em força de trabalho para o proprietário, formando um contingente de camponeses excluídos do acesso à terra e ao longo do tempo, sua imagem foi construída pelas forças de poder como sendo invasor de terra, colocando-o em uma posição marginalizada.

Deu-se ênfase nas teorias clássicas sobre a posse: a teoria subjetiva de Savigny e objetiva de Ihering. Para a primeira, a posse é entendida como poder de fato sobre a coisa e depende da vontade de tê-la como própria e para a segunda teoria, a posse é direito, interesse juridicamente protegido e a vontade está dispensada, bastando proceder como dono. A posse é indissociável da propriedade, é sua exteriorização.

O Código Civil de 2002 recepcionou a teoria de Ihering, a posse é tratada como desdobramento da propriedade, é adquirida com o exercício em nome próprio de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, como o uso, gozo e disposição. Viu-se que não há propriedade sem posse e portanto, proteger esta, é proteger indiretamente aquela. A posse é protegida pelos interditos possessórios como as

ações de manutenção e reintegração de posse e interdito proibitório.

Abordou-se também as teorias sociológicas da posse de Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil. A teoria da posse foi repersonalizada em razão das teorias tradicionais não trazerem o elemento da função social. A partir das teorias sociológicas, foi reconhecido que a posse tem uma função social a cumprir, da mesma forma que a propriedade.

Estudou-se o Código de Processo Civil de 1973 e a abordagem do requisito da função social da propriedade para proteção possessória. O projeto de lei que propõe a reforma do Código de Processo Civil de 1973, aprovado recentemente, ainda pendente de sanção da Presidente da República; que deixou de fora o tratamento da função social da propriedade nas ações possessórias.

Tem-se o terceiro e último capítulo, como o momento de estudo de caso; tomou-se como objeto, o processo de reintegração de posse nº 296220-60.2014.8.09.0000, em razão da ocupação por 3.500 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra na Fazenda Santa Mônica em Corumbá de Goiás. Trata-se de um conflito coletivo agrário de grande repercussão na mídia.

O juízo da vara de Fazendas Públicas e 2ª vara cível da Comarca de Corumbá de Goiás deferiu a liminar de reintegração de posse sem audiência de justificação e qualquer menção à função social da propriedade. Em não considerar o conflito de grandes proporções pelo número de envolvidos, deferiu a desocupação pacífica e autorizou apoio policial para retirada forçada dos ocupantes em caso de resistência, não levando em conta o efeito catastrófico que sua decisão provocaria.

Durante a pesquisa, percebeu-se uma participação ativa da Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública, da Ouvidoria Agrária Nacional através da Comissão de Combate à Violência no Campo, diferentemente do Ministério Público que manifestou favorável à decisão liminar e do Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça que não atuou no presente caso.

Através de agravo de instrumento, os advogados dos trabalhadores rurais sem-terra conseguiram suspender a decisão do juízo de primeiro grau até o definitivo julgamento pela turma cível do Tribunal de Justiça.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1.1 História da Função Social da propriedade

1.1.1 O conceito de propriedade e a função social

Aristóteles² (século IV a.C.) foi o primeiro filósofo a conceituar a propriedade com elemento social. Na obra *Política*, Aristóteles questiona Platão sobre a propriedade comunal. Para Aristóteles, essa propriedade não é interessante, pois se alguns homens trabalham mais que outros e ganham a mesma renda que estes últimos, haveria desigualdade; “mal-estar entre os que conseguiram uma boa renda sem muito trabalho e aqueles que labutaram arduamente mas não tiveram os ganhos extras correspondentes”. Além disso, nesse sistema comunal há mais conflitos pela sua posse e uso que na propriedade privada (ARISTÓTELES, II, 5, 1999, p.176/178).

Assim, Aristóteles defende que a propriedade seja privada mas que tenha uma “base moral fundamentada na lei”, que seu uso seja coletivo, “está claro, então, que é melhor, para a propriedade, permanecer em mãos particulares; mas estaremos agindo corretamente ao utilizá-la de modo comunal” (ARISTÓTELES, II, 5, 1999, p.176/177).

Aristóteles aborda a desigualdade que pode advir da propriedade quando uns proprietários têm mais propriedade que outros, situação que permite a terra estar “nas mãos de poucos” (ARISTÓTELES, II, 9, 1999, p. 196).

² Em resposta a uma possível indagação sobre a contexto histórico vivido por Aristóteles, impõe dizer que o filósofo viveu no período de uma sociedade escravocrata. A família era composta por escravos e pessoas livres. O escravo era propriedade, um bem importante para assegurar riqueza e vida. A escravidão era um direito convencional Aristóteles elenca que na época haviam três espécies de escravidão: por guerra, dívida e nascimento. (ARISTÓTELES, I, 3, 1253b - 7, 1255b, 1988, p. 57-71). Em Laêrtios (1988), percebe-se através do testamento de Aristóteles, que era um homem justo e muito avançado para sua época. No seu testamento, Aristóteles dá liberdade ao seu escravo Ambracis, deixa testamentado que não nenhum de seus escravos serão vendidos e quando adquirirem idade própria serão libertados e empregados e dotados de recursos.

Para alcançar a igualdade na posse da terra é preciso dar a cada proprietário uma quantidade que seja proporcional, moderada, nem mais nem menos, nem grande para se evitar “o excesso de luxúria” e, nem muito pequena para se evitar a “penúria”. Deve o Estado fixar uma “quantidade moderada” para cada proprietário (ARISTÓTELES, II, 7, 1999, p.186).

Para ele, há duas formas de adquirir bens: uma “doméstica” e a outra “mercantil”. A primeira é necessária e útil, porque a natureza tem a função de fornecer alimentos, pondo à “disposição a terra”. A segunda fere a natureza, porque promove o enriquecimento, a usura, a acumulação de riquezas e é “praticada por uns a expensas de outros”. (ARISTÓTELES, I, 10, 1998, 1258 a 35-43).

São Tomás de Aquino (século XIII) também pensou a propriedade com traços sociais. Na obra Suma Teológica, argumenta que “a posse dos bens exteriores não é natural ao homem”, está sujeita ao poder divino enquanto que ao homem lhe é dado o direito natural de usar “para sua utilidade, como se, para ele fossem feitos” (AQUINO, II, II, a 1, v 6, 2012, p.155/156). Aquino prevê que é lícito que o homem possua os bens exteriores como se fossem próprios, justificando que os bens como próprios seriam melhor geridos, cuidados; e promoveria a paz entre os homens diante dos constantes conflitos “entre os que têm posses comuns e indivisas” (AQUINO, II, II, a 1, v 6, 2012, p.157-158).

Permite-se a posse dos bens exteriores como se próprios fossem, e o uso e a comunhão dos bens partilhados com os necessitados; ou seja, gerir e dispor dos bens como próprios (convenção humana) e usá-los como comuns (direito natural). Seguindo Aristóteles, Aquino então defende a propriedade privada, mas garantido o seu uso comum por todos.

Dessa forma, a propriedade segundo Aquino, não é contrária ao direito natural³, ela é “conforme o direito natural”, ela “se ajunta, por um trabalho da razão humana”. Para Tomás de Aquino, aquele que possui bens exteriores em grande

³A lei natural se “ajusta à natureza do homem que a pode conhecer mediante as forças naturais e próprias de sua razão e ainda porque tem ele uma tendência natural a cumpri-la” (GUIMARÃES, 1991, p.182).

quantidade é seu dever em razão do direito natural,⁴ ajudar os necessitados. “O rico não age ilicitamente, apropriando-se de um bem, que a princípio era comum, se partilha com os outros. Peca, porém, se de maneira desavisada impede os outros de usar desse bem” (AQUINO, II, II, a 2, v 6, 2012, p.158).

John Locke⁵ (século XVII e XVIII), no Segundo Tratado sobre o Governo, definiu a propriedade como sendo fruto do trabalho. O fundamento da propriedade está no trabalho do indivíduo. A propriedade é “necessária à autopreservação e à felicidade”, sendo que, o modo “honesto de se apropriar das coisas é a partir do próprio trabalho” (STRAUSS, 2014, p.284/286). O fim da sociedade é a conservação da propriedade que é sinônimo de “vida, liberdade e bens” (LOCKE, 1988, p.495). Para ele, só existia uma sociedade política quando houvesse a defesa do direito de propriedade (VIAL, 2003).

O homem que laborava, plantava, cultivava a terra ou que fizesse qualquer modificação no estado natural através de seu trabalho, adquiria o domínio sobre a terra por direito; embora reconhecesse que a terra era de comum uso de todos os habitantes e sobre ela não haveria o domínio privado de um indivíduo.

Cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem o direito além dele mesmo. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade (LOCKE, 1988, p.409).

Deus deu a oportunidade a todos de cultivar a terra, permitindo a apropriação, aquele que, “dominou, arrou e semeou qualquer parte dela, acrescentou-lhe algo que era de sua propriedade, ao que os demais não tinham qualquer título, nem poderiam

⁴A “razão da lei natural” é o “bem comum”, a partilha aos que nada tem, é o “uso comum das coisas” (GUIMARÃES, I, II, a 1, v 4, 2010, p.564/773).

⁵Filósofo, foi o “grande pensador da propriedade” (MARÉS, 2003, p.23). Os seus ensinamentos sobre a propriedade foram considerados como revolucionários, avançados em relação à “tradição bíblica” e “filosófica”. A doutrina de propriedade corresponde quase literalmente à parte central do seu ensinamento político, é certamente a sua parte mais característica” (STRAUSS, 2014, p.284). Foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais inalienáveis (vida, liberdade, propriedade e resistência) oponíveis ao Estado, contra seus desmandos (SARLET, 2012).

tomar-lhe sem causar-lhe injúria” (LOCKE, 1988, p.413). O homem então, adquiria o direito de propriedade sobre a terra, retirando-a da comunhão com os demais, sob a legitimação de Deus. E da mesma forma, que estes últimos, com vontade, a partir do trabalho, com a promoção de melhoria da terra, poderiam ser também proprietários, ter direitos sobre ela.

A apropriação individual da terra não era um problema, porque havia abundância de terras. Deus deu o mundo para “os diligentes e racionais” (LOCKE, 1988, p. 415).

Conquanto, o direito de propriedade foi limitado por Locke, poderia o homem adquirir muita terra, não importando a sua dimensão, conquanto que ela produzisse riqueza para a humanidade; diferentemente de uma terra de comum direito “inculta”, “sem nenhuma melhoria, lavoura ou cultivo” (LOCKE, 1988, p.418). Segundo Locke, a propriedade do trabalho supera a comunidade da terra, exatamente porque é o “próprio trabalho que põe em cada coisa um valor diferente, ou seja, uma terra que é trabalhada adequadamente produz os produtos úteis para a vida dos homens” (VIAL, 2003, p.94).

Assim, Locke era contra o desperdício, deterioração ou o perecimento dos bens produzidos na terra; “se o fruto do seu plantio percesse sem ser colhido e armazenado, esse pedaço de terra seria visto como abandonado, poderia ser a posse de qualquer outro” (LOCKE, 1988, p.419). Não aceitava a deterioração da coisa por ser uma afronta às leis da natureza, violaria o direito do outro.

Para ele, o homem tinha o direito de apropriar da terra somente o que pudesse empregar o seu trabalho, usar, sem ser “desonesto, tomar demasiado, ou mais do que o necessário” (LOCKE, 1988, p.429). É possível perceber que Locke aprofundou os ensinamentos de Aquino sobre o uso da propriedade. Agora, o “direito de propriedade se restringe ao uso, porque tudo o que exceda ao utilizável será do outro” (MARÉS, 2003, p.23).

No primeiro livro do Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau (século XVIII), no Estado Civil baseado no contrato social⁶, o homem perde “a liberdade

⁶O contrato social funda-se no pacto social, em que cada homem abdica de sua vontade individual “dando-se completamente”, sem nenhuma reserva, se submete à vontade geral, ao bem comum, partindo de que todos têm as mesmas condições. “Cada um de nós põe em

natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar”; e ganha a “liberdade civil e a propriedade de tudo que possui” (ROUSSEAU, I, VIII, 1999a, p.77).

Agora, a propriedade não é mais fundada no direito natural, na lei divina, mas sim em um direito positivado. A propriedade passa a ser tutelada pelo Estado. Para Vial (2003), essa mudança de pensamento é importante, pois agora, o direito de propriedade é juridicamente regulamentado.

Para Rousseau, a propriedade deve ser fruto do trabalho e estar vinculada à necessidade de utilidade, “só se ocupe a porção de que se tem necessidade para subsistir” (ROUSSEAU, I, IX, 1999a, p.80).

Na obra Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, ou Segundo Discurso, Rousseau, discorre que há dois tipos de desigualdade: a *física* ou *natural* é oriunda da natureza, da diferença de idades, forças corporais; e a *moral* ou *política* convencionada pelos homens, que estabelece preponderância de interesses de uns em decorrência de outros, “privilégios de que gozam alguns em prejuízos de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda, por fazerem-se obedecer por eles” (ROUSSEAU, 1999b, p.51).

Para Rousseau, a propriedade é a origem das desigualdades entre os homens, pois dela estabelece-se as diferenças entre o pobre e o rico, surgem os conflitos violentos pelo seu domínio, a opressão, miséria, dominação e escravidão. Rousseau aproxima-se das ideias de Aristóteles, quando discorre sobre a desigualdade, riqueza para uns, e miséria para outros.

Com as encíclicas papais (século XIX a XX), a discussão sobre a função social da propriedade é retomada após longo período sem a Igreja pronunciar-se sobre a propriedade privada, conforme Marés observa (2003). Segundo Chemeris (2003), as encíclicas papais são documentos que discorrem sobre a doutrina social da Igreja Católica, segundo os ensinamentos de São Tomás de Aquino.

comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, I, VI, 1999, p.70-71).

A Igreja, baseada na Suma Teológica de Aquino, reafirmou “a autenticidade cristã, do direito de propriedade, mas sempre condicionada ao bem-estar da coletividade” (TANAJURA, 2000, p.24).

A carta encíclica *Rerum Novarum* do papa Leão XIII de 1891, aborda que o objetivo visado pelo trabalhador é possuir um bem como próprio. O homem deve ter o domínio da terra e dos seus frutos.

Deus deu a todos o direito de gozar da terra, mas isso não significa que todos, juntamente, devam gozar dos mesmos direitos, das mesmas quantidades e simultaneamente; a orientação da encíclica não se opõe a propriedade privada, ela é direito natural do homem, a função social está no fato de que, a “terra não deixa de servir à utilidade comum de todos”, pois para o papa, todos os homens alimentam-se dos produtos oriundos da terra. O excesso de bens exteriores deve ser entregue aos necessitados, “é dever lançar o supérfluo no seio dos pobres” (LEÃO XIII, 1891, p.3-8). A propriedade destina-se a atender aos interesses do indivíduo e da sociedade.

As encíclicas posteriores inspiraram-se na *Rerum Novarum*. Na encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa PIO XI de 1931, mantém-se a ideia de que a propriedade privada da terra pertence ao direito natural e não deixa de servir aos interesses da coletividade, pois a “própria natureza exige a repartição dos bens em domínios particulares, precisamente a fim de poderem as coisas criadas servir ao bem comum de modo ordenado e constante” (PIO XI, 1931, p.8).

Na encíclica *Sertum Laetitiae*, o Papa PIO XII de 1939 discorre que Deus criou os bens que devem favorecer a todos indiscriminadamente. Dessa forma, cabe àquele detentor de grandes riquezas, ajudar aos que faltam o mínimo para sua sobrevivência, “os ricos, de sua parte, quando retos e probos, são os dispensadores e procuradores dos bens terrestres de Deus; e como ministros da superna (*sic*) providência, ajudam os indigentes” (PIO XI, 1931, p.6).

A encíclica *Mater et Magister* de 1961 elaborada pelo Papa João XXIII prevê que o direito de propriedade privada, “mesmo sobre os bens produtivos, tem valor permanente”, pois é um direito natural (JOÃO XXIII, 1961, p.16). A doutrina social ensina que o instituto da propriedade privada tem um fim ético e social, é garantia da liberdade e da ordem social. O Estado não pode suprimi-lo, mas sim, respeitá-lo. A função social deriva do próprio direito de propriedade.

A encíclica *Populorum Progressio* de 1967 do Papa João Paulo VI, inspirada na encíclica *Rerum Novarum*, aprofunda as questões sociais no plano mundial, “A questão social abrange agora o mundo inteiro”. A doutrina social da Igreja ampliada para a humanidade adota como diretrizes: a solidariedade, fraternidade e caridade.

No tocante à propriedade, destaca que todo homem tem direito a usar da terra para a sua subsistência e progresso pessoal. Para o Sumo Pontífice, a propriedade privada não constitui um “direito incondicional e absoluto”, o acúmulo de riquezas deve ser desestimulado; “ninguém tem direito de reservar para seu uso exclusivo aquilo que é supérfluo, quando a outros falta o necessário”; o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com o bem comum (JOÃO PAULO VI, 1967, p.6). Atribui o dever de solidariedade a todos os povos, o “povo deve produzir mais e melhor, para dar aos seus um nível de vida verdadeiramente humano e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento solidário da humanidade” (JOÃO PAULO VI, 1967, p.12).

A doutrina cristã defende, baseada no bem comum, que grandes propriedades ociosas ou pouco exploradas sejam expropriadas, porque provocam miséria e prejudicam os interesses do país. Apregoa-se então, um direito de propriedade não absoluto e sim limitado pelo Estado, com vistas aos interesses e às necessidades do bem comum, um “direito secundário” pois segue o “caráter social da propriedade privada” (GUIMARÃES, 1991, p.248).

Léon Duguit (1859-1928) foi o grande pensador⁷ no século XIX da função social da propriedade. Manifestou-se contrário à concepção do direito de propriedade na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (Revolução Francesa) e no Código Napoleão (Código Civil Francês). A posição civilista da época traçava o direito de propriedade como absoluto, inalienável e imprescritível. Para ele, essa concepção absoluta, exclusiva do direito de propriedade, ou seja, do direito de usar e dispor quando quiser da propriedade, resultou na especulação imobiliária e a improdutividade de terras no campo e nas cidades.

⁷Para Orrutea (1998), Duguit é provavelmente o maior pensador, considerando-o em razão de ter abordado a função social da propriedade com maior profundidade.

Para Duguit (1912), o artigo 544 do Código Napoleão, que previa a propriedade como sendo o direito de desfrutar das coisas de maneira absoluta era uma concepção artificial e obsoleta de direito subjetivo⁸. A absolutização, individualização da propriedade eram frutos do passado, originaram-se da filosofia estoica⁹ e foram fundadas juridicamente no direito romano¹⁰. O mundo passava por revoluções socialistas e eram necessárias transformações nas sociedades modernas.

Acreditando no homem enquanto ser social, que vive em sociedade e não enquanto indivíduo solitário, entendia que todo homem tem uma função social, responsabilidade social a cumprir¹¹. A propriedade é função social. Assim, o proprietário enquanto detentor da riqueza, dos bens de produção, tem uma função social a zelar. Quando ele cumpre esta função, está protegido pela lei, mas se falhar, é dever do Estado intervir para obrigá-lo a dar uma destinação social¹².

⁸Et cependant c'est sur cette conception artificielle et caduque de droit subjectif que la Déclaration de 1789, le Code Napoléon et la plupart des législations modernes ont établi tout le système juridique! Tradução livre: E ainda é sobre essa concepção artificial e obsoleta de direito subjetivo que a Declaração de 1789, o Código de Napoleão e a maioria das legislações modernas foi estabelecido todo o sistema legal! Op. cit., p.14.

⁹A concepção romana de Direito Natural alcança sua maturação sob a influência da filosofia grega, especialmente dos estoicos. A ética do Estoicismo ensinava que o homem devia viver na conformidade de sua natureza racional, manifestada da lei universal” (HERKENHOFF, 2006, p.40).

¹⁰Cet individualisme avait un lointain passé; il était le produit d'une très longue evolution; il prenait son origine dans la philosophie stoïcienne; il avait trouvé sa formule juridique dans le droit romain classique [...]. Tradução livre: Este individualismo tinha um passado distante; foi o produto de uma longa evolução; teve sua origem na filosofia estoica; ele tinha encontrado sua fórmula jurídica no direito romano clássico [...] Op. cit., p.15-16.

¹¹Tout homme a une fonction sociale à remplir, et par consequent il a le devoir social de la remplir [...]. Tradução livre: Todo homem tem uma função social a cumprir, e, portanto, tem a responsabilidade social de preencher [...] Op. cit., p.20.

¹²Mais la propriété n'est pas un droit; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire [...]. Tradução livre: Mas a propriedade não é um direito; ela é uma função social. O proprietário, ou seja, o detentor de uma riqueza tem, pelo fato de ele possuir esta riqueza, uma função social a cumprir; enquanto ele cumpre essa missão, seus atos de proprietário estão protegidos. Se ele não atender ou cumprir mal, se por exemplo ele não cultivar sua terra, deixar sua casa cair em ruína, a intervenção dos governos é legítima para obrigá-lo a cumprir a sua função social de proprietário [...] Op. cit., p.21.

Segundo Duguit, o instituto da propriedade foi criado pela necessidade econômica e desde então, passa por mudanças. E essa evolução requer uma socialização da propriedade. A propriedade não deve ser vista como direito subjetivo do proprietário, mas como uma função social, que produz riqueza não só para o indivíduo mas para toda a comunidade¹³. Deixa de ser um direito do indivíduo para tornar-se funcionalizada. O proprietário passa a ter o dever e o poder de usar a propriedade não só para satisfação de suas necessidades individuais mas também coletivas.

Como visto, Duguit procurou romper com a concepção individualista do direito de propriedade, trazendo a preocupação com a função social, com o coletivo, mas ao mesmo tempo atraiu críticas severas em sua época (PILATI, 2013; ORRUTEA, 1998; TORRES, 2007; CHEMERIS, 2003). Justamente, por afirmar que a propriedade é função social e não mais pertencente ao direito subjetivo do proprietário. O direito subjetivo era uma concepção metafísica¹⁴, em que o homem é por natureza, livre, independente, isolado, titular de direitos individuais, inalienáveis e imprescritíveis¹⁵. E que

¹³Cependant la propriété est une institution juridique qui s'est formé pour répondre à un besoin économique, comme d'ailleurs toutes les institutions juridiques, et qui évolue nécessairement avec les besoins économiques eux-mêmes [...]; mais cela signifie deux choses: d'abord que la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale [...]. Tradução livre: No entanto, a propriedade é um instituto jurídico que foi formada para atender uma necessidade econômica, como todas as instituições legais, e que evolui necessariamente com as próprias necessidades econômicas. [...]; mas isso significa duas coisas: primeiro, que a propriedade individual deixa de ser um direito do indivíduo para tornar-se uma função social [...]. Op. cit., p.148-149.

¹⁴A cette notion métaphysique de droit subjectif se rattachait une conception purement individualiste de la société et du droit objectif, c'est-à-dire du droit d'imposant comme règle de conduite aux individus et à la collectivité personnifiée, à l'État. Tradução livre: Desta noção metafísica de direito subjetivo sai uma concepção puramente individualista da sociedade e do direito objetivo, quer dizer do direito de se instituir como regra de conduta aos indivíduos e à coletividade personificada, o Estado. Op. cit., p.15.

¹⁵L'homme est par nature libre, indépendant, isole, titulaire de droits individuels, inaliénables et imprescriptibles, de droit dits naturels, indissolublement attachés à sa qualité d'homme. Tradução livre: O homem é, por natureza, livre, independente, isolado, detentor de direitos individuais, inalienáveis e imprescritíveis, de direitos chamados naturais, inseparavelmente ligado à qualidade de homem. Op. cit., p.16.

isso era fruto de uma sociedade individualista, que as sociedades modernas careciam de transformações sociais¹⁶.

Os civilistas da época acreditavam que ao desprezar a propriedade como direito subjetivo do proprietário, ela deixaria de pertencer ao direito privado, passando a pertencer ao direito público (TORRES, 2007). E considerar a propriedade como função social, seria negar os direitos subjetivos (CHEMERIS, 2003).

Pilati explica que essa repulsa ao pensamento de Duguit naquele tempo ocorreu pela negação da natureza da propriedade como direito subjetivo¹⁷. “O fato de não ser um poder ilimitado não retira a essência do direito subjetivo, apenas limitado pelo interesse social – o qual passa a compor, a integrar, o próprio conteúdo da propriedade” (2013, p.127).

Negar a existência do direito subjetivo “afirmando que nem o indivíduo nem a coletividade possuem direitos”, significava para ele que o ordenamento jurídico deveria fundamentar-se “não na proteção dos direitos individuais, mas na necessidade de manter a estrutura social.” Assim, substituíam-se a ideia do direito subjetivo pela função social, todo indivíduo teria uma função a cumprir na sociedade (HERKENHOFF, 2006, p.250).

Por outro lado, Orrutea (1998) e Torres (2007) acreditam que Duguit foi mal interpretado. Orrutea acredita que Duguit não era contra a propriedade particular, “visto que não há de sua parte intenção em riscar da ordem jurídica o direito de propriedade privada, mas apenas tão somente uma pretensão de alterar a sua feição hedionda e abominável até então sob proteção do direito”, para um feito social (1998, p.154). Com uma finalidade social e não mais individual é que o proprietário deverá exercer seus direitos.

¹⁶Op. cit., p.15.

¹⁷Direito Subjetivo é característico do direito privado. Ao indivíduo é conferido um “poder jurídico.” O indivíduo tem o direito de exercer determinada atividade, ser titular de um direito e tem o poder de exigir uma sanção em caso de violação desse direito (KELSEN, 1984, p.196). E esse direito subjetivo existe independente da vontade ou contra vontade de seu titular, porque como Kelsen afirma, trata-se de um dever jurídico, “reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito.” Este direito subjetivo é complementar do direito objetivo (REALE, 2002, p.256). Reale conceitua o direito subjetivo como sendo a possibilidade de se exigir aquilo que a lei atribui como próprio de alguém. Op. cit., p. 256.

Duguit não defendia que a propriedade deveria ser socialista e não era contrário à propriedade individual, “apenas externava que não era razoável por exemplo, que se alguém tivesse casas para alugar, não o fizesse, havendo pessoas interessadas”. Denunciava apenas o “abuso e a inércia no exercício do direito de propriedade” em que o proprietário tinha os direitos de usar, dispor e gozar, bem como, os de não usar, não dispor e não gozar (TORRES, 2007, p.207-208).

Para Torres, não há incompatibilidade entre direito subjetivo e função social, visto que o primeiro está submetido não somente à finalidade individual, mas também à social.

Mais tarde, na pós-modernidade, a concepção do direito de propriedade sofreu mudanças. As ideias de Duguit foram retomadas, surgiu a “funcionalização do direito subjetivo de propriedade” (TORRES, 2007, p.219), esta continuava a ser um direito subjetivo individual, privado, mas agora, acrescia-se mais um componente: a função social.

1.2 A Função Social da Propriedade nas Constituições Brasileiras anteriores à 1988

A primeira Constituição brasileira de 1824 foi outorgada no Segundo Reinado da Coroa Portuguesa e denominava-se Constituição do Império¹⁸ cujas características eram: monárquica hereditária, constitucional e representativa. No seu artigo 179, inciso XXII garantia-se o direito de propriedade em sua plenitude¹⁹, não havendo limites para seu exercício, ou seja, ele tinha os poderes de usar e não usar (BRASIL, 2014a).

Seguiu o modelo de direito de propriedade absoluto do Código de Napoleão. Assim, a propriedade poderia tornar-se improdutiva ou destrutiva. Para Marés, “estava

¹⁸Primeira Constituição Brasileira a acompanhar as ideias da Revolução Francesa (TANAJURA, 2000; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008; CARVALHO, 2011; BONAVIDES, 2007; SILVA, J. A., 2004).

¹⁹O direito de propriedade em toda a sua plenitude significava um “caráter absoluto, oponível e excludente de todos interesses e direitos individuais alheios” (MARÉS, 2003, p.39).

entre os poderes do proprietário o de não usar a terra, fazê-la produzir ou deixá-la medrar para um futuro, dependia exclusivamente da vontade do proprietário” (2003, p.64).

Como única exceção, previa que em caso de interesse público poder-se-ia usar da propriedade particular mediante indenização prévia, ou seja, a desapropriação mas que dependia de regulamentação. No corpo da lei não havia qualquer restrição de cunho social sobre a propriedade e tampouco “regulação específica da matéria agrária” (OLIVEIRA, 2011, p.28). Para Marquesi (2011), a Carta Política²⁰ apresentava a característica do individualismo, previa-se nela o poder expropriatório do Estado mas de forma tímida.

A Constituição da República²¹ de 1891, com a forma de governo republicano, a forma de Estado federado e sistema de governo presidencialista, trouxe em seu artigo 72, § 17, o direito de propriedade em sua plenitude, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (BRASIL, 2014b).

Para Oliveira (2011), a Constituição, pela primeira vez, utiliza a expressão *desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, ainda discreta, mas representava segundo Marquesi (2011) avanço em relação à Carta Política anterior.

De forma crítica, Marés (2003, p.79) argumenta que o Brasil havia deixado para “traz o Império do latifúndio e ingressava no século e na República do latifúndio”, não havia uma solução para o modelo fundiário concentrador.

A Constituição de 1934²² com influências da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de Weimar de 1919, adotou como modelo o Estado Social de Direito (ORRUTEA, 1998; SILVA, J., 1996; PERES NETO; BARROS, 2008) e manteve os princípios formais: república, federação, presidencialismo. No seu artigo 113, inciso 17, previu de forma inovadora que o direito de propriedade não poderia ser

²⁰A Constituição de 1824 foi outorgada por Dom Pedro I (OLIVEIRA, 2011; BONAVIDES, 2007; CARVALHO, 2011).

²¹Inspirada no modelo Norte-Americano de presidencialismo (SILVA, J. A, 2004). “Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições Francesas para a Constituição Norte-Americana [...]” (BONAVIDES, 2007).

²² Teve curta duração até o golpe de Getúlio Vargas (TANAJURA, 2000; SILVA, J. A., 2004; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009; OLIVEIRA, 2011; KILDARE, 2011; SANTOS, 2006).

exercido contra o interesse social ou coletivo (BRASIL, 2014c). Garantia-se a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização. A propriedade particular poderia ser usada em caso de perigo iminente ao bem público, assegurada o direito de indenização posterior.

Para Silva, J., (1996), esse dispositivo legal representou avanço no direito de propriedade, embora não trazia propriamente a expressão função social e sim interesse social ou coletivo. Foi a primeira Constituição Brasileira a afastar o conceito absoluto de direito de propriedade (STUDER & OLIVEIRA, 2006).

A Constituição de 1937²³ outorgada por Getúlio Vargas, foi fruto de golpe militar que dissolveu o Congresso Nacional. A Constituição permaneceu pouco aplicada, sofreu 20 emendas à vontade do Presidente (SILVA, J. A., 2004; KILDARE, 2011). No Estado Novo implantado por Getúlio, a Constituição não manteve os avanços da Carta de 1934, esta foi revogada, suprimiu o interesse social e coletivo do direito de propriedade (TANAJURA, 2000; OLIVEIRA, 2011; SANTOS, 2006).

No artigo 122, inciso 14, previa o direito de propriedade, salvo nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização prévia (BRASIL, 2014d). O conteúdo da desapropriação a ser definido e limitado nunca foi disciplinado por lei (MARQUESI, 2011).

A Carta Promulgada de 1946²⁴ com regime representativo, federativo e republicano emergiu após a Segunda Guerra Mundial, cuidou de superar o regime autoritário que se instalou na época de Getúlio Vargas, reinstalando a “Democracia Representativa” (MENDES & BRANCO, 2013).

Critica-se o fato da Constituição de 1946 voltar ao passado, utilizando das Constituições de 1891 e 1934 ao invés de situá-la para a realidade vigente do país, “voltou-se ao assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constitui o maior erro daquela Carta Magna, que

²³Ficou “conhecida como polaca (o seu modelo foi a Constituição Polonesa de 1935, do regime do general Pilsudski), por ter trazer elementos de autoritarismo que assolava a Europa”. (KILDARE, 2011). Inspirada pelas ideias nazifascistas de Hitler e Mussolini (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009; OLIVEIRA, 2011).

²⁴“Esta Constituição nasceu em um contexto de pós-guerra e foi de inegável importância para democratização do país” (VIAL, 2003, p.189).

nasceu de costas para o futuro”. Contudo, o autor vê como positiva a sua missão pois conduziu o Brasil à redemocratização propiciando o seu desenvolvimento (SILVA, J. A., 2004, p. 85).

No tocante à função social da propriedade, “fez figurar o direito de propriedade sob o regime da função social mais transparente e sob um critério melhor elaborado e melhor definido, quando comparada com as demais Constituições que a ela antecederam” (ORRUTEA, 1998, p.261).

Em seu artigo 141, parágrafo 16, previu o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação, por necessidade, utilidade pública ou interesse social e em caso de perigo iminente, guerra ou comoção interna o uso da propriedade particular pelo Estado, assegurado o direito à indenização posterior (BRASIL, 2014e).

Trouxe no Título V, disciplinado da Ordem Econômica e Social, o artigo 147, *caput* que dispôs sobre o uso da propriedade condicionado ao bem-estar social, reservando à lei a promoção de justa distribuição da propriedade com igual oportunidade a todos.

A Emenda Constitucional nº 10 de 1964, dispôs sobre a desapropriação da propriedade rural para fins de reforma agrária mediante pagamento de indenização de justa indenização e com títulos da dívida pública resgatáveis até vinte anos.

Em 1964 com o Golpe Militar, o Brasil testemunhou:

A ação de dois poderes constituintes paralelos: um tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda nº 1 à Constituição de 1967, ou seja, a “Constituição” da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969 (BONAVIDES, 2007, p. 367).

A Constituição promulgada de 1967²⁵ expressou em seu artigo 153, parágrafo 22, o direito de propriedade e a desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização e o direito de uso da propriedade

²⁵Sofreu influências da Carta de 1937, “cujas características básicas assimilou” (SILVA, J. A., 2004, p.87).

particular em caso de perigo iminente assegurada indenização posterior (BRASIL, 2014f). Para Silva (2007), essa Constituição avançou em relação à de 1946 pois cuidou de limitar o direito de propriedade.

A Emenda Constitucional nº 01 de 1969 previu no artigo 160, inciso III, a função social da propriedade como sendo um dos seis princípios da ordem econômica e social. E manteve o texto firmado pela Emenda Constitucional nº 10 de 1964 sobre a desapropriação de propriedade rural para fins de reforma agrária.

1.3 Função social da propriedade rural e a Constituição de 1988

A Constituição de 1988²⁶ superou o Regime Militar, restaurou os direitos civis e implantou os direitos sociais. Para Oliveira (2011), a Carta Maior representou para o Direito Agrário a sua consolidação e avanço.

Ela tratou no Título II, Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos expressamente no seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da garantia do direito de propriedade atendida a função social. Estabeleceu nos incisos seguintes, a desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social mediante prévia e justa indenização, o direito de uso da propriedade particular pelo Estado diante de perigo público iminente, assegurada indenização posterior em caso de dano, a impenhorabilidade da pequena propriedade familiar por débitos da sua atividade produtiva.

No título VII da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no artigo 170, incisos II e III, enunciou como princípios da ordem econômica, a propriedade privada e sua função social. No Capítulo III, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, no artigo 184, *caput* fixou que a propriedade que não atender a função social será desapropriada por interesse social para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária resgatáveis até 20 anos. No artigo 185, protegeu-se a pequena e média

²⁶Constituição Cidadã atribuição dada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte, porque a sua promulgação contou com ampla participação popular, “e porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, J. A., 2004, p.90).

propriedade rural da desapropriação para fins de reforma agrária, caso o proprietário não possua outro imóvel rural e a propriedade considerada produtiva.

A Constituição de 1988 determinou tratamento especial à propriedade produtiva, bem como atribuiu à lei a criação de critérios para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social. Cuidou no artigo 186 de dispor que a propriedade rural atenderá a sua função social, quando houver simultaneamente *aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (BRASIL, 2014g).

A Carta Política trouxe mudanças inovadoras no direito de propriedade, ao atribuir os requisitos retro mencionados para atendimento da função social (TEPEDINO, 2001; SILVA, J., 1996). Borges tratou de afirmar que a “Carta de 1988 imprimiu maior autoridade aos parâmetros da função social, quando se trata de propriedade rural” (1998, p.144)

Orrutea acredita que a Constituição evoluiu de forma tímida sobre o direito de propriedade ao ponto de não mudar “as bases em torno do regime jurídico da propriedade individual.” Tanto a Constituição vigente como as anteriores mantiveram em suas estruturas a divisão “bipolarizada do interesse individual e do interesse social” (1998, p. 270-271).

Marés observa que Constituição cidadã não combateu suficientemente o caráter absoluto da propriedade, pois foi falha ao não prever com clareza que sanção sofreria o proprietário quanto ao não atendimento da função social, mas segundo ele, “parece óbvio: o proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito” (2003, p.117), assim, para o autor, o proprietário perderia ou não teria o direito sobre sua propriedade.

Por outro lado, entender que diante de descumprimento da função social deve haver a desapropriação, segundo o autor, “esta interpretação anula a consequência porque transforma a ausência do cumprimento da função social em mais uma razão de desapropriação, como na velha lei de 1964” (MARÉS, 2003, p.119).

Outra questão importante está na compreensão do que vem a ser propriedade produtiva para fugir de uma interpretação equivocada, para “evitar a burla e também para não deixarmos emaranhar pelo mito falacioso da produtividade” (BORGES, 1998, p.148).

O artigo 185, inciso II da Constituição Federal de 1988 prevê que a propriedade produtiva é insuscetível de desapropriação e no seu parágrafo único fica estabelecido que a lei fixará critérios para a propriedade produtiva atender a função social. Isso significa que, a propriedade produtiva só será insuscetível de desapropriação quando, além de ser explorada econômica e racionalmente, segundo seus graus de utilização da terra e de eficiência (80% Grau de Utilização da Terra e 100% de Eficiência na Exploração) atribuídos pela lei nº 8.629/1993, cumpra concomitantemente, os requisitos da função social, quais sejam: aproveitamento racional e adequado (econômico), utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (ambiental), observação das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (social).

Marés (2003) acentua que, uma propriedade pode ser altamente produtiva, com ganhos econômicos e não cumprir normas trabalhistas, destruir áreas de proteção ambiental. Assim, se ela desrespeita a função social, mesmo sendo produtiva no aspecto econômico, é suscetível de desapropriação. A produtividade deve ser entendida no contexto da função social, nos aspectos econômico, social e ambiental.

Do contrário, considerar a produtividade apenas aquela propriedade que aufera ganhos econômicos desvinculada da função social é permitir a continuidade da absolutização do direito de propriedade; e o direito de propriedade não pode ser visto pela ótica do indivíduo, mas pelo aspecto social, em proveito da coletividade (FALCÃO, 1980; COMPARATO, 1997).

Segundo Pilati, a função social tem raízes nos direitos sociais, coletivos e contrapõem-se aos direitos individuais. Ela é princípio “informador da tutela dos interesses ou valores coletivos – ou sociais fundamentais – como direitos subjetivos da Sociedade e de cada cidadão” (2005, p.66).

Lôbo acredita que, “lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos” (1999, p.106). A função social é mais um elemento, junto com os poderes de uso, gozo, disposição e persecução do direito de propriedade (JESUS, 2005; SCIORILLI, 2007). Os autores Tepedino & Schreiber compreendem que “não há, no texto constitucional brasileiro,

garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social” (2005, p.104).

Insta finalizar que, a partir da Constituição de 1988, fica para trás, a concepção individualista do direito de propriedade inspirado no Código de Napoleão, para retomar-se às ideias de Duguit. Ou seja, a propriedade mantém-se privada, mas legitima-se sob os interesses sociais.

Dessa forma, o direito de propriedade publicizado, constitucionalizado, deve ser compreendido segundo a função social, que não é só um limite, mas um elemento essencial daquele. Assim, o proprietário que atende a função social está protegido pelo direito, do contrário, perde-o, não podendo utilizar de institutos jurídicos de proteção, tema que será abordado com maior profundidade no segundo capítulo.

1.4 Terra, Propriedade e Função Social

São diversas as representações da terra. A terra é vida, riqueza, propriedade, trabalho, patrimônio da humanidade (VIAL, 2003; ZIBETTI, 2011). A terra representa vários simbolismos, a primeira representação está ligada à fecundidade, mãe, *pachamama*²⁷, deusa. Está ligada à maternidade, à fecundidade da mulher, “a terra é o elemento da natureza que fornece ao homem o modelo simbólico primordial da maternidade, da vida e da morte” (VIAL, 2003, p.35). É dela que o homem retira seus alimentos, é a base física sobre o qual vive (DE MIRANDA, 1988).

A terra também é sinônimo de luta, segundo Vial (2003), é representada pela justa produção de bens, diante da injustiça da concentração fundiária que inibe o direito do acesso à terra aos demais sujeitos coletivos.

No contexto agrário, a luta pela terra é constante, marcada por conflitos no campo, pela disputa de terras, pelo reconhecimento de territórios indígenas, quilombolas, por um pedaço de chão aos trabalhadores rurais desvalidos.

A relação do homem com a terra, enquanto bem coletivo, era vista como meio de subsistência da comunidade. No final da Idade Média, da passagem do modo de produção feudal para o capitalista, durante o mercantilismo (GUTERRES &

²⁷Mãe terra, mãe natureza (VIANA, 2013; MARÉS, 2003; VIAL, 2003).

CROCETTI, 2005; MARÉS, 2003), a terra foi apropriada privativamente, tornando-se mercadoria. Nessa apropriação, a terra “deixa de ser terra e vira propriedade” (MARÉS, 2003, p.45). Assim, a propriedade privada da terra nasce fruto da construção humana.

O capitalismo fez da terra um dos bens de produção (COSTA & CLARK, 2011) da propriedade, para os autores Suvórova & Románov, “o capitalismo desenvolveu-se eliminando violentamente a pequena produção, apoderando-se da terra e de outros meios de produção das massas populares” (1987, p.46).

Refletindo sobre a expressão *propriedade*, Phoudhon²⁸ a apresenta como pura e simples, o direito senhorial sobre a coisa, ou como diz, a “propriedade nua” (1975, p. 36).

Derani elenca dois sentidos distintos de propriedade, o primeiro seria a “relação de poder legalmente protegida entre sujeito e objeto” e o segundo, como “sinônimo de bem – aquele objeto que integra ou é capaz de integrar uma relação de propriedade”. A propriedade para a autora está ligada ao primeiro sentido. Trata-se de uma instituição jurídica, um “poder garantido pelo direito de um sujeito sobre determinado objeto.” Portanto, a propriedade não é um direito, mas um “poder juridicamente protegido”. A propriedade só é protegida pelo direito quando presentes os requisitos da função social (2002, p.1).

De modo diferente, Grau apresenta a propriedade como um conjunto de instituições e não como uma única instituição, pois o termo propriedade é aplicado para diversas situações. “A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico - compreende um conjunto de vários institutos.” Há a propriedade de “valores mobiliários”, a propriedade “literária e artística”, a propriedade “industrial”, a propriedade do “solo” que divide em propriedade do “solo rural”, do “solo urbano” e do “subsolo” (2014, p.236). Ele distingue a partir de Comparato (1986), que a propriedade pode ser uma propriedade de bens de consumo

²⁸Filósofo crítico da propriedade. Para o autor, a propriedade é impossível, é um roubo, nela não há igualdade como defendido por Rousseau (1999b). Manifestou que a “terra é uma coisa indispensável à nossa conservação, por consequência coisa comum, por consequência coisa não susceptível de apropriação.” Não obstante, não negou e portanto reconheceu que a propriedade é vista pela sociedade como uma necessidade do homem mas que carrega consigo males da desigualdade. Da mesma ideia compartilha Marés (2003).

que se exaure com a sua própria “fruição” e uma propriedade dinâmica dos bens de produção, com o poder-dever (CHEMERIS, 2003) de cumprir sua função social.

Justamente porque, Comparato ao tratar da função social da propriedade, discorre que esse princípio,

ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção (1986, p.77).

Nesse sentido, Derani (2002) observa que, a propriedade destinada à produção de mercadorias tem sempre uma função social, pois os bens de produção, objetos da relação de propriedade, desempenham e produzem riquezas econômica e social.

A autora acredita que o princípio da função social é norma impositiva, que vincula o desenvolvimento da propriedade individual, mas também social, pois toda riqueza é socialmente produzida. A função social determina o conteúdo da propriedade, trata-se de um “ônus do proprietário, consistente em um conjunto de deveres e responsabilidades que permeia toda a relação de propriedade, e não apenas limita seu exercício” (2002, p.2).

Para Araújo (1999), a função social da propriedade está erigida como princípio básico da construção dogmática do Direito Agrário.

Quando a Carta Magna incluiu, em seu artigo 170, a função social como princípio das relações econômicas, uma nova configuração da propriedade²⁹ surgiu, servindo de fonte produtora econômica e social. Assim, na Pós-Modernidade, a propriedade deve ser trabalhada no seu conceito amplo, significando

todo poder patrimonial oponível ao grupo social. Isso coloca ao alcance da função social todo o poder, individual e social, seja ele político, seja econômico, seja de que natureza for. Não é só o conceito de propriedade que modifica; é o arcabouço jurídico, é todo o paradigma (PILATI, 2013, p.1-2).

²⁹Um dos alicerces da ordem econômica e social juntamente com a função social (TEPEDINO, 2001).

De tal modo que, a funcionalização da propriedade privada “consiste na correta utilização econômica da terra e na sua justa distribuição, de modo a atender ao bem-estar da coletividade, mediante o aumento da produtividade e da promoção da justiça social” (ARAÚJO, 1999, p.160).

1.5 A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

1.5.1 Crítica ao Positivismo Jurídico

Antes de adentrar à teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, é importante que se discuta como chegou-se à necessidade de uma Nova Hermenêutica.

Hans Kelsen, responsável pela Teoria Pura do Direito, foi um grande expoente do positivismo jurídico normativista³⁰. Para ele, esta teoria orienta-se apenas através do conhecimento do direito, desconsidera-se demais elementos estranhos à ciência do direito. E por isso, a teoria Pura do Direito sofreu críticas, porque isola o direito das demais ciências e sabe-se que este não consegue resolver todas as questões e toma emprestado os conhecimentos das outras ciências.

No positivismo jurídico de Kelsen (2011), reconhece-se tão somente, o direito positivo, “toda mistura com outros sistemas normativos (moral, direito natural) será excluída” (p.41). O direito positivo deve ser rigorosamente diferenciado “dos problemas relativos a sua origem histórica, efeitos sociais e valoração moral. Não se excluem, de maneira alguma, investigações sobre estas questões, mas deverão ser empreendidas, contudo, em esferas científicas próprias” (p.41).

Kelsen observou “que sendo o direito uma realidade específica não seria de bom alvitre transportar para a égide da ciência jurídica métodos válidos para outras ciências”. O jurista deveria investigar o direito mediante seus processos próprios,

³⁰ O positivismo jurídico normativo é a identificação do fenômeno jurídico com a norma. (NADER, 2012)

como uma “pureza metódica” ou seja, conhecer e descrever a norma de direito de forma pura sem vinculação de elementos sociais e valorativos (DINIZ, 2010, p.118).

O positivismo jurídico limita o direito à lei, independente do conteúdo axiológico, “seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico”. Para os positivistas, não é possível elementos *extra legem* na definição do direito positivo, praticam o legalismo puro (NADER, 2012, p.211).

Para Bobbio³¹ (1995), o positivismo nasce da necessidade do estudo do direito enquanto ciência e para tanto, o direito é considerado como um fato e não como valor.

O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogo àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor (BOBBIO, 1995, p.131).

O positivismo define o direito como:

³¹ Bobbio trata a respeito da grande polêmica da norma jurídica formal. Para ele, criticam-se o “formalismo jurídico” sob nome genérico, mas sem conhecer as suas três teorias de visões diferentes. E para os que pretendem combatê-las, é preciso conhecê-las. Bobbio discorre então, sobre os três tipos de formalismo: formalismo jurídico, formalismo ético, formalismo científico. O primeiro prescreve “o modo em que cada um deve agir se quiser alcançar os próprios objetivos e, portanto, não cabe ao direito estabelecer o conteúdo da relação intersubjetiva, mas a forma que ela deve assumir para ter certas consequências”. O formalismo ético é “justo o que é conforme à lei, e como tal repele todo critério de justiça que esteja acima das leis positivas e com base no qual as mesmas leis positivas podem ser avaliadas. Esta doutrina pode ser considerada formal, no sentido em que faz a justiça consistir na lei só pelo fato de que é lei, ou seja, de que é comando posto pelo soberano”. O terceiro é o formalismo científico, que concebe a ciência jurídica e o trabalho do jurista “como atividade de construir o sistema de conceitos jurídicos tal como deduzem das leis positivas, tarefa puramente declarativa ou recognitiva e não criativa, e de extrair dedutivamente do sistema assim construído a solução de todos os possíveis casos controversos”. (BOBBIO, 2003, p. 71). O formalismo jurídico define o direito, enquanto que, o formalismo ético define a justiça e o formalismo científico define como a ciência jurídica deve comportar-se. Para Bobbio, a polêmica do formalismo jurídico não vale para o formalismo ético e científico. O ponto de vista de Bobbio é que, não se pode pretender uma ciência exclusiva “nem da justiça, nem do direito, nem da ciência jurídica, mas pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só exclui, como exige os demais para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica” (BOBBIO, 2003, p. 72).

conjunto de comandos emanados do soberano, introduz na definição o elemento único de validade, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia (BOBBIO, 1995, p.142).

Os críticos do positivismo jurídico apontam que considerar o direito tão somente um comando de normas estatais, de que as leis devem ser obedecidas, implica no não atendimento à realidade efetiva do direito, a sociedade não deve obedecer as leis porque derivam de um comando, mas porque, têm em si, o fundamento de legitimidade (COELHO, 2003; BOBBIO,1995). E segundo, pois, o positivismo jurídico serviu de legitimação de ordens jurídicas totalitárias das atrocidades de Hitler, do agir conforme a lei (RICHE & FERREIRA, 2010; MAGANE, 2010; BOBBIO, 1995; BARROSO & BARCELLOS, 2003).

Depois das tragédias ocorridas do Estado de Hitler na Alemanha, no pós Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico mostrou ser insuficiente para alcançar os ideais de justiça e “os valores intrínsecos à sociedade” (MAGANE, 2010).

Pois, de acordo com a teoria monista kelseniana, o “único direito é o positivo”. E para o princípio da estatalidade, o “direito positivo é o direito do Estado,

o qual detém o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação, ademais, entende-se que o direito positivo é tornado obrigatório em virtude do poder coercitivo do Estado, detentor do monopólio da violência organizada. Ainda que se considerem as demais formas de normatividade social, ambos os princípios levam a que não sejam estas consideradas direito, a menos que sejam cooptadas pelo Estado (COELHO, 2003, p.410-411).

Assim, para alguns adeptos da teoria crítica do direito, uma forma alternativa de Estado é o pluralismo jurídico que se opõe à teoria monista e à estatalidade. O pluralismo significa que, o direito encontra-se inserido na sociedade, transcendendo o Estado, para o pluralismo todo grupo está habilitado a criar normas. O direito é em sua essência múltiplo e heterogêneo. Trata-se de um direito livre, que tem

manifestações nas diferentes camadas sociais, cujas normas jurídicas são nascidas. (COELHO, 2003; CANOTILHO, 2003).

O “movimento de retorno ao direito”³² liderado por constitucionalistas liberais³³, comunitários³⁴ e críticos-deliberativos³⁵, de diferentes visões sobre o pluralismo nas sociedades contemporâneas, debatem o papel da Constituição, dos sistemas de direitos fundamentais assegurados por ela, a jurisdição constitucional e a interpretação constitucional na busca de uma construção de uma sociedade justa e de uma ordem jurídica democrática.

Os pensadores liberais optam por uma Constituição-garantia que tem a finalidade de preservar as liberdades negativas e assegurar a autonomia moral dos indivíduos. A interpretação da Constituição deve ser orientada pelas “normas e princípios constitucionais, cujo sentido de validade é o deontológico, pois, dado o fato do pluralismo, o direito tem prioridade sobre qualquer concepção de bem”. (CITTADINO, 2000, p.9).

Para os críticos-deliberativos, a Constituição tem a função de “contextualizar princípios universalistas, e desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos” (CITTADINO, 2000, p.9).

Já os comunitários atribuem validade teleológica às normas e princípios constitucionais e “concebem a Constituição como um projeto social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais”. A hermenêutica constitucional deveria ser orientada a partir de valores éticos que a comunidade compartilha. (CITTADINO, 2000, p.9).

Esses constitucionalistas acreditam que a Constituição não pode significar um sistema fechado de defesa das garantias individuais. A Constituição é aberta porque enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. “As constituições dos

³² Em torno do qual evita-se a violência, em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas (BOURETZ, 1991 *apud* CITTADINO, 2000).

³³ John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore.

³⁴ Charles Taylor e Michael Walzer.

³⁵ Jürgen Habermas.

Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”. O constitucionalismo comunitário é calcado na dignidade humana, solidariedade e ultrapassa as concepções de “direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas”, condicionando a autonomia privada em prol do bem coletivo. (CITTADINO, 2000, p.17).

Os direitos fundamentais são considerados valores que a comunidade reconhece e devem estar integrados no corpo normativo, assumem “caráter concreto de normas constitucionais positivas e passam a ser considerados direitos constitucionais”. A abertura constitucional para os comunitários é notada a partir dos “direitos fundamentais positivados constitucionais”, recepcionados pela comunidade por fazerem parte de sua consciência histórica. Para De Andrade (1983), a dignidade da pessoa humana não é um valor abstrato, mas uma “autonomia ética dos homens concretos”.

Dessa forma, pretende-se a seguir, estudar a abertura constitucional, através do alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que pode democratizar o processo interpretativo e dar concreção à Constituição.

1.5.2 A Nova Hermenêutica e o Método hermenêutico-concretizador

O debate constitucional sobre a concretização da Constituição ocorreu como observa Cittadino (2000), tanto nos Estados Unidos da América (EUA), quanto na Alemanha e influenciou o constitucionalismo brasileiro.

Os constitucionalistas norte-americanos Robert Brok, W. Rehnquist, Joseph Story, Bruce Ackerman, R. Dworkin discutem a interpretação da Constituição. Ackerman defende que o povo é o personagem de transformações do sistema constitucional e caberia à Corte Suprema atuar nesse sentido, de modo a promover a integração da comunidade no sistema jurídico constitucional. Ele e Dworkin criticam o positivismo por prestigiar as normas em detrimento dos princípios (CITTADINO, 2000).

Nos esforços em pensar novos métodos hermenêuticos³⁶, juristas alemães Rudolf Smend, Theodor Viehweg, Martin Kriele, Josep Esser, Konrad Hesse, Friedrich Müller, H. J. Kosh, H. Ruessmann, Horst Ehmke, Ulrich Scheuner e Peter Häberle encabeçaram a Nova Hermenêutica (RICHE & FERREIRA, 2010; MAGANE, 2010).

Há uma proximidade de ideias entre os autores sobre: a valorização da teoria material da Constituição, que convergiam em atribuir à Constituição um sentido mais profundo, negando sua forma fechada, como se fosse “um sistema lógico-axiomático perfeito e acabado, tendo em vista o caráter eminentemente aberto da ordem constitucional”; reconhecendo a ligação do Direito e a sua interação dinâmica com a realidade social; a “negação da atividade interpretativa como puramente cognitiva, voltada unicamente para a *voluntas legis* ou para a *voluntas legislatoris* de caráter meramente reprodutor”; o reconhecimento de que toda concretização é atividade criativa, a Constituição não pode ser interpretada de forma idêntica à uma lei, dentre outros argumentos (RICHE & FERREIRA, 2010, p.258-259).

Esses constitucionalistas alemães dedicavam o estudo à uma metodologia de hermenêutica constitucional e criticavam os métodos tradicionais³⁷ de interpretação do positivismo (CITTADINO, 2000).

Canotilho (2003) aborda como sendo, estes elementos tradicionais pertencentes ao método hermenêutico clássico, ou método jurídico, que parte da consideração de que, a Constituição é lei e, portanto, interpretar a Constituição é interpretar a lei.

No Brasil, os precursores da Nova Hermenêutica, são: Paulo Bonavides das obras *Sociedade Aberta e Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*; Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*; Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, *Constituição Econômica e a Sociedade Aberta* e Gisele Cittadino, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*.

³⁶ Método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante (CANOTILHO, 2003; MAGANE, 2009).

³⁷ Gramatical, histórico, sistemático e teleológico (GUERRA & EMERIQUE, 2005).

A Nova Hermenêutica visa apresentar novos métodos hermenêuticos de modo a proceder uma interpretação das normas constitucionais diferenciada (SPAREMBERGER, 2001; GUERRA & EMERIQUE, 2005; SOUZA, 2011) das normas infraconstitucionais, principalmente no tocante aos direitos fundamentais. Propõe discutir o alcance da atividade interpretativa, com inclusão dos atores sociais nesse processo interpretativo com base democrática.

Dentre os autores alemães da Nova Hermenêutica, adota-se como marco teórico Peter Häberle, que utiliza o método hermenêutico concretizador na condução da interpretação constitucional.

O método hermenêutico concretizador determina que, a leitura de um texto normativo inicia-se a partir da pré-compreensão do seu sentido pelo intérprete. Interpretar a Constituição é compreender seu sentido, “preenchendo seu sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua (*sic*) uma actividade (*sic*) práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta” (CANOTILHO, 2003, p.1.212).

Foi a partir do método hermenêutico-concretizador, que se desenvolveu uma série de princípios de interpretação constitucional, tais como: o princípio da unidade da constituição (as normas constitucionais devem ser consideradas no seu conjunto, na sua unidade para evitar contradições, o intérprete deve procurar harmonizá-las); princípio do efeito integrador (na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se utilizar critérios que favoreçam a integração sociopolítica e reforcem a unidade política); princípio da máxima efectividade (*sic*) (deve-se atribuir à norma constitucional uma maior eficácia dos direitos fundamentais); princípio da força normativa da constituição (na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se levar em conta os pressupostos da constituição normativa, para contribuição de sua eficácia e permanência) (CANOTILHO, 2003; COELHO, 2011).

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é, segundo Canotilho (2003), princípio de controle, que assegura a constitucionalidade da interpretação. Esse princípio assegura a atribuição de sentido às normas infraconstitucionais em conformidade com a constituição. Tal princípio, evita que, uma norma seja declarada inconstitucional e mantenha-se conservada, na medida em que, possa proceder na melhor orientação dada pela constituição. Para a autora Cantarelli

(2010), a lei será interpretada em conformidade com a Constituição sob o seu conteúdo geral, como uma unidade, um “sistema de valor”.

Para Ommati (2014), a interpretação conforme à Constituição é corolário da ideia de supremacia da Constituição, mantém a integridade do direito, privilegia a boa-fé do legislador, na medida que, evita interpretações incompatíveis com a Lei Fundamental e que evita que as normas infraconstitucionais sejam declaradas inconstitucionais. Contudo, ressalta que, nem sempre é possível fazer uma interpretação da lei que seja compatível com a Constituição, e é neste momento, que aquela deverá ser declarada inconstitucional.

Segundo o método hermenêutico-concretizador, o intérprete desempenha papel criador na obtenção do sentido do texto constitucional, porque está inserido no contexto de aplicação do texto na realidade, e essa relação criativa, do intérprete entre texto e contexto, transforma a interpretação no círculo hermenêutico, no movimento de ir e vir, que se “assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema” (CANOTILHO, 2003, p.1.212).

Portanto, interpretação constitucional é concretização, é entender a norma a ser concretizada a partir da pré-compreensão do intérprete e do problema concreto pendente de resolução (SPAREMBERGER, 2001, p.113).

O reconhecimento da interpretação constitucional como processo aberto de ampliação do círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade neste processo interpretativo (RICHE & FERREIRA, 2010). E é o que Peter Häberle propõe, uma sociedade aberta³⁸ e plural³⁹ sugere alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, o que será visto no próximo tópico.

³⁸Caracterizada pela sua dinamicidade sociais, “fundada no dissenso, no debate, concepções e pensamentos, de forma constante, a fim de acompanhar as evoluções do tempo em uma verdadeira ligação com a realidade e com a ideia de uma real democracia” (DE MORAIS, 2010, p.59).

³⁹Marcada por diferenças jurídicas, socioeconômicas, científicas e culturais (DE MORAIS, 2010).

1.5.3 A teoria de Peter Häberle

Peter Häberle propõe a democratização da interpretação constitucional sob uma perspectiva de hermenêutica constitucional baseada na sociedade aberta de inspiração de Karl Popper, contra o modelo procedimental fechado, que exclui demais participantes desse processo interpretativo, atribuído apenas aos magistrados, como única forma possível.

Inicialmente, é preciso explicar que o criador das expressões “sociedade aberta” e “sociedade fechada” foi o filósofo Henri Bergson. Na sua obra *As Duas Fontes da Moral e da Religião*, ele tratou de abordar essas expressões no seu contexto do misticismo, do estado da alma, do amor à Deus, a religião como consequência de vida e da moral.

Uma sociedade fechada seria aquela “cujos membros se entrosam mutuamente, indiferente ao restante dos homens” (BERGSON, 1978, p.222). O homem está fechado em si mesmo, ou a sociedade em si própria, “de um indivíduo e de uma sociedade voltados para si mesmos” (BERGSON, 1978, p.32).

A sociedade aberta era inspirada em valores, no direito de todos ao respeito, na ideia de que todos os homens são irmãos, no amor à humanidade, nos princípios da fraternidade e solidariedade.

O pensador defendia “uma sociedade mística, que englobasse a humanidade inteira e que marchasse, animada de uma vontade comum, para a criação incessantemente renovada de uma humanidade mais completa” (BERGSON, 1978, p.69). O homem pertence à humanidade, o “cidadão é do mundo” (BERGSON, 1978, p.64).

A partir de Karl Popper⁴⁰ as expressões “sociedade aberta”, “sociedade fechada” ganham uma denotação política. Na *Sociedade Aberta dos Inimigos*, a sociedade aberta é uma sociedade democrática, em “que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais” (POPPER, 1973, p.188), e na sociedade

⁴⁰Karl Popper não se considera filósofo, nem cientista, apenas um homem que busca compreender as coisas do mundo vivido por nós, pois para ele a racionalidade humana e o conhecimento científico são falíveis e têm suas limitações (OLIVEIRA, 2012).

fechada impera-se uma sociedade tribal, uma sociedade individualista, cujos membros são mantidos por laços de

parentesco, coabitação, participação nos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. É ainda um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais tais como a divisão do trabalho e o intercâmbio de utilidades, como por concretas relações físicas, tais como o tacto (sic), o olfato, a vista (POPPER, 1973, p.189).

Para Popper, só existe um caminho: defender a sociedade aberta. Uma sociedade aberta desenvolve a liberdade e práticas políticas participativas não autoritárias, em que as pessoas “podem participar livremente nas diversas decisões sociais como agentes críticos e responsáveis” (MARIN, 2012, p.258).

Peter Häberle⁴¹ inspirado nos pensamentos de Karl Popper, em sua obra *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuindo para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição* propõe uma verdadeira democratização do processo de interpretação das normas constitucionais. Uma sociedade aberta, livre existe quando amplia-se o “círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato” (HÄBERLE, 2002, p.40).

Percebe-se na teoria de Häberle (2002) que a sociedade fechada é uma crítica ao positivismo jurídico, quando tece discussões sobre: subsunção da norma ao fato, de uma interpretação exclusivamente restritiva apenas fruto de análise pelos juízes, formalismo de procedimentos e métodos interpretativos, de um direito exclusivamente estatal, sem as demais ciências sociais.

Segundo ele, a Constituição tem vários intérpretes, uma sociedade aberta plural e democrática só se faz com a inclusão de todos os que vivem na sociedade, através dos agentes conformadores da realidade constitucional.

O autor alargou o círculo de intérpretes, incluindo aquele que vive a Constituição como seu legítimo intérprete, “existe um círculo muito amplo de

⁴¹Importante constitucionalista da atualidade (MAGANE, 2010).

participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso” (HÄBERLE, 2002, p.11).

A ampliação do círculo de intérpretes defendida é uma decorrência da necessidade de integrar a realidade com o processo interpretativo (BASTOS, 2014).

Para ele, a teoria de interpretação constitucional deve ser pensada a partir da “Constituição e realidade constitucional”, com a incorporação das ciências sociais, das teorias jurídico-formais e dos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e bem estar coletivo (HÄBERLE, 2002).

A sua tese baseia-se:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p.13).

Assim, na interpretação constitucional baseada numa sociedade aberta, todos os personagens sociais são envolvidos, possibilitando uma sociedade mais pluralista, pois para ele, aquele que vive uma norma acaba por interpretá-la, co-interpretá-la ou ao menos ser um pré-intérprete porque “toda atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (HÄBERLE, 2002, p.14).

Ele não desconsidera a jurisdição constitucional, pelo contrário, crê que seja um “catalisador essencial”, que fornece a última palavra sobre a interpretação, mas reconhece, que não é a única, há outras forças sociais participantes deste processo interpretativo. Reclama que, para uma hermenêutica mais ampla, é “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas” (HÄBERLE, 2002, p.14). Esta participação democrática, no processo conformador constitucional, é pressuposto para um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A Constituição não tem dono, não se trata apenas de uma “*práxis* estatal”, a sua interpretação não é monopólio dos intérpretes jurídicos. Uma sociedade aberta é composta de vários intérpretes que vivem no contexto histórico regulado por ela. A

interpretação constitucional é uma *práxis* da realidade da Constituição, que diz respeito a todos.

Segundo ele, poder-se-ia argumentar de modo diferente, que a interpretação constitucional poderá dissolver-se pelo grande número de interpretações e de intérpretes. Uma crítica que reconhece poder existir, mas expõe que trata-se de uma questão de legitimidade incluir todos os sujeitos participantes, cidadãos, grupos, associações, partidos políticos no processo interpretativo, que é atribuído aos órgãos estatais formalmente competentes para exercer a função interpretativa vinculada à Constituição.

Em que pese a vinculação à Constituição, e essa legitimidade participativa, nada disso é preciso argumentar, quando se volta a atenção à teoria nova da interpretação, compreendendo-a como um processo aberto.

Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. (HÄBERLE, 2002, p.30).

Ademais, a norma não é uma decisão acabada, inalterável. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes formais é um empobrecimento à ciência do direito constitucional.

A interpretação constitucional não pode ficar restrita apenas aos operadores do direito, aos procedimentos formalizados, a um modelo de interpretação vinculada, restrita, como em uma sociedade fechada, mas deve abrir para maior participação democrática dos cidadãos.

A interpretação constitucional a partir de uma sociedade fechada, como se tem feito, não incorpora a realidade social, dela “tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’” e os “participantes formais do processo constitucional” (HÄBERLE, 2002, p.13).

Para o jurista alemão, a interpretação constitucional é uma “ciência de normas e da realidade e não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (HÄBERLE, 2002, p.34).

Por isso, a pluralidade de intérpretes, para uma teoria constitucional democrática, promove uma interpretação constitucional de fato baseada na realidade social. Uma ciência da realidade do povo, enquanto cidadão, porque este, não pode ser visto apenas no momento eleitoral, quando é requisitado seu voto, mas legitimado no processo de interpretação constitucional, como um “elemento pluralista” (HÄBERLE, 2002).

A participação social neste processo constitucional é um direito de cidadania, um direito fundamental. Os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática da interpretação aberta, tanto aos participantes, quanto ao resultado dessa interpretação (HÄBERLE, 2002).

O juiz constitucional já não pode interpretar de modo isolado, muitos são os participantes e as formas de participação amplia-se de forma acentuada, “todas as forças pluralistas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”, pois oferecem alternativas de interpretação constitucional e possibilitam uma maior compreensão da realidade, das necessidades da sociedade. (HÄBERLE, 2002, p.41).

2 A FUNÇÃO SOCIAL E A TUTELA DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

2.1 Função Social da Propriedade e sua Repercussão na Tutela da Posse

2.1.1 Origem histórica da posse no Brasil

A história da posse começa com a própria colonização do Brasil. (GUIMARÃES, 1977; SILVA, M. A. M., 2004; BUAINAIN, 2008; DOS SANTOS, 1995; RIZZARDO, 1985). As sesmarias foram instrumentos de colonização no Brasil. A Cora Portuguesa doava terras cujos beneficiários eram aqueles que estavam no poder, mas também “proporcionava o apossamento espontâneo pelos que não eram beneficiados” (DE MIRANDA, 1988, p.119).

A posse com cultivo efetivo da terra, como modo de aquisição do domínio estabeleceu-se aos poucos como um costume, embora previa a Coroa Portuguesa como única forma de adquirir as terras pelas sesmarias (SILVA, 2008).

Em 1822, após pressões dos posseiros, Dom Pedro I determinou que as medições e demarcações das sesmarias anteriormente concedidas, pois que agora estavam proibidas, que fossem realizadas sem prejuízo de conservação da posse àqueles possuidores que tivessem cultivado a terra (SILVA, 2008). A posse conquistou seu reconhecimento, tornando-se o posseiro legítimo ocupante.

Entre 1822 a 1850, não houve legislação que regulasse a ocupação de terras, permitindo o livre apossamento de terras. A posse tornou-se a única forma de aquisição do domínio de terras, “ainda que apenas de fato, e é por isso que na história da apropriação territorial, esse período ficou conhecido como a fase áurea do posseiro” (SILVA, 2008, p.90).

Nesse período, a falta de regulamentação das terras resultou em conflitos, pois, para que as propriedades rurais adquiridas pela posse com cultivo efetivo tivessem suas divisas respeitadas empregava-se o uso da força. Os conflitos pela terra minaram, havia insegurança que somente teria fim com a regulamentação (SILVA, 2008).

Para Smith (1990), esse amplo apossamento de terras resultou no avanço do latifúndio⁴² sobre as pequenas posses, expulsando os pequenos posseiros.

Ao longo deste período, segundo Motta (2008), a força dos fazendeiros conjugou a junção entre posseiro e invasor e tornou o entrave ao reconhecimento do direito dos pequenos posseiros. Os fazendeiros “ao arripio da lei, continuaram a coagir os lavradores pobres, impedindo-os de deterem – por direito – as terras que haviam ocupado pelo sistema de posse” (MOTTA, 2008, p.94).

Em 1850, a Lei de Terras nº 601 previu somente a aquisição de terras devolutas pela compra e por um preço elevado, para dificultar a sua aquisição e extinguiu o regime das posses. Considerou legítimas as posses já existentes que tivessem cultivo e fossem usadas para moradia do posseiro (SILVA, 2008), o que expressou a tentativa de reconhecer o direito aos posseiros para legalizarem suas posses pelo registro paroquial de terras, mas foi frustrada “seja pela cumplicidade dos órgãos da justiça, seja pela ação direta de violência contra os cultivadores mais humildes” (MOTTA, 2008, p.95).

Os posseiros segundo Motta (2008), eram vistos pelos fazendeiros como uma ameaça, como invasores, porque poderiam limitar a expansão das grandes propriedades de terras.

Formou-se duas categorias sociais: os detentores de poder, com apoio da política e justiça local eram identificados como “reais cultivadores, como posseiros desbravadores, cúmplices do enriquecimento da província”, e os pequenos posseiros porque contavam apenas com sua força de trabalho e o desejo de ocupar terras devolutas (incultas, vagas), eram identificados como invasores. Estes sofriam expulsões pelos fazendeiros com uso da força, arma de fogo e ou despejos pela justiça. (MOTTA, 2008, p.99).

Silva, M. A. M. (2004) e Guimarães (1977) afirmam que a Lei de Terras representou uma forma de deter o livre apossamento de terras, pois precisava-se de mão-de-obra nas lavouras de café em São Paulo, inclusive estavam imigrando

⁴²O “sistema latifundiário” é aquele que incorpora os frutos, estende seus domínios e fortalece suas bases, tornando-se ainda maiores as já imensas propriedades territoriais (GUIMARÃES, 1977). As sesmarias e a Lei de Terras colaboraram para o surgimento de grande parte dos conflitos no Brasil pois promoveram a formação dos latifúndios, miséria do campo e violência contra os trabalhadores rurais (MARÉS, 2003).

trabalhadores estrangeiros para tal intento, assim, a aquisição da terra tornou-se quase impossível aos trabalhadores nacionais e aos imigrantes, garantindo-se a mão de obra que o mercado necessitava. O posseiro foi transformado em força de trabalho para o proprietário, além de outras categorias⁴³ de trabalhadores rurais, formando “enorme contingente de camponeses excluídos do acesso à terra” (DOS SANTOS, 1995).

Como visto, a luta dos pobres do campo pelo acesso à terra é secular. Inicialmente a posse foi considerada como meio legítimo de ocupação da terra, depois foi desconstruída com a atribuição de seu novo caráter ilegal de invasão, tornando-se possível o acesso à terra somente àquele que detinha condições de pagar seu preço.

A consolidação da imagem do posseiro de invasor foi construída historicamente pelo discurso e força dos detentores do poder, resultando no processo de marginalização.

Por posseiro, entende-se aquele que se apossa de terra alheia, com o fim de fazer sua moradia e nela trabalhar, tornando-a produtiva independente do justo título e da boa-fé (DE MIRANDA, 1988). Ou, como prefere Motta (2008), aquele que ocupa pedaço de terras devolutas ou que ocupa propriedade de terra descumpridora da função social.

A seguir será trabalhada a posse enquanto instituto jurídico no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

2.1.2 A posse e suas teorias

Há duas teorias tradicionais sobre a posse. Uma teoria subjetiva de Savigny e outra teoria objetiva de Ihering. Para a primeira, a posse exige apenas dois elementos: um material - o *corpus* (elemento objetivo) que é a detenção física da coisa e outro, a vontade - *animus domini* (elemento subjetivo) que é a intenção de possuir a coisa como dono (FRANÇA, 1991). Ressalta-se que não é a “convicção de ser dono”, mas tão somente “a vontade de tê-la como sua” (PEREIRA, 2009, p.14). A subjetividade dessa teoria é demonstrada pelo *animus domini*. Se não houver a

⁴³ Parceiros, conhecidos como meeiros, arrendatários, colonos (SILVA, M. A. M, 2004).

vontade de ter a coisa como própria, haverá simples detenção. Reconhecendo ao locatário, comodatário, depositário entre outros apenas o caráter de detentores, não gozando de proteção direta e imediata para repelir turbação ou esbulho.

Na teoria de Ihering, o elemento *animus domini* não existe. É objetiva a teoria porque dispensa a intenção de possuir a coisa como dono, bastando proceder como “habitualmente procede o proprietário” (PEREIRA, 2009, p.15). Assim, Ihering reconhece o locatário, o depositário, comodatário e etc. como possuidores.

O elemento *corpus* entendido como poder físico sobre a coisa, não é suficiente segundo Ihering, pois não atende todas as situações possessórias. Para ele, o *corpus* deve ser compreendido como a devida utilização econômica da posse. A posse foi definida como a exteriorização da propriedade (IHERING, 2005).

Para a teoria subjetiva, a posse é, ao mesmo tempo, poder de fato e de direito, pois ela se origina do fato “em sua essência” e se transforma em direito “em seus efeitos” (ALVES, 1999, p. 72) “em virtude de suas consequências, pois cria um direito pessoal que é o de invocar defesa” (SANTOS, 1999, p.27).

Diferentemente da teoria subjetiva, a teoria objetiva não admite essa dupla natureza, Ihering (2005) acredita que a posse é direito, um interesse juridicamente protegido e que se ela fosse realmente poder de fato, não haveria porquê protegê-la.

Querer negar, segundo Ihering,

o direito de posse só porque resulta como consequência de um fato, é preciso também negar o direito do credor e o de sucessão, porque a relação entre fato gerador do direito e a consequência jurídica é exatamente a mesma, e, com efeito, não há um só direito que não pressupõe um fato gerador de direitos. Todos os direitos, sem exceção aparecem como consequências jurídicas, ou seja, como consequências juridicamente protegidas em favor daqueles a quem devem aproveitar (2005, p.50).

E leciona que, o possuidor para ser protegido basta demonstrar sua posse e esta proteção aproveita ao proprietário e não proprietário. A proteção possessória segundo ele, foi estabelecida para facilitar a prova da propriedade, e acaba sendo inevitável a proteção em relação ao possuidor não proprietário.

A posse é indissociável da propriedade, constitui a “condição de fato da utilização econômica da propriedade”, “é a porta que conduz à propriedade”, a proteção possessória “apresenta-se como uma posição defensiva do proprietário, a qual pode rechaçar mais facilmente os ataques dirigidos contra sua esfera jurídica” (IHERING, 2005, p.40).

2.1.3 Conceito de posse e suas classificações

A posse é a exteriorização da propriedade, segundo os artigos 1.204 e 1.196 ambos do Código Civil (CC/2002), a posse é adquirida com o exercício em nome próprio de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, e o possuidor é todo aquele que tem o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. É possível notar que o Código Civil de 2002 recepciona a teoria de Ihering (DINIZ, 2009; PEREIRA, 2009; GOMES, 2012; FARIAS & ROSENVALD, 2012).

Para Diniz, a posse é um desdobramento da propriedade, pois não há propriedade sem posse, “e dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela” (2009, p. 52).

Podem ser objeto de proteção possessória, tanto as coisas corpóreas ou incorpóreas, todas as coisas que forem objeto de propriedade podem ser objeto de posse (DINIZ, 2009; NASCIMENTO, 1986). A posse é uma “relação imediata da pessoa com a coisa, pertencente ao Direito das Coisas” (IHERING, 2005, p.57). Segundo Gomes, o “Direito das Coisas regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica” (2012, p.1).

A posse está situada no Livro III, do Direito das Coisas. O Direito das Coisas sistematiza os direitos reais⁴⁴ (ALVES, 1999; GOMES, 2012). Os direitos reais estão taxativamente expostos no artigo 1.225 do CC, como: a propriedade, superfície,

⁴⁴O direito real é o “poder jurídico direto e imediato do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos” (GONÇALVES, 2002, p. 2). Ou, como preleciona Gomes, o direito real é o “poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*”. E essa oponibilidade *erga omnes* não pode ser compreendida com o uso, fruição e disposição de modos absolutos em razão da sua dimensão funcional (2012, p.11).

servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese, concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso (BRASIL, 2014f).

Para Gonçalves, o direito brasileiro protege a posse, que corresponde ao direito real de propriedade, como de outros direitos reais e a posse como “figura autônoma independente de um título” (2002, p.5). Essa autonomia, é resultado da compreensão da posse como um direito real (NASCIMENTO, 1986; DINIZ, 2009; GOMES, 2012; PEREIRA, 2009), ou até mesmo como um direito *sui generis* (GOMES, 2012).

Observa Diniz, que a posse apresenta todos os elementos do direito real, tais como: o “exercício direto, sem intermediário”, “sua oponibilidade *erga omnes*”, “sua incidência em objeto obrigatoriamente determinado” (2009, p. 52). Portanto, há que reconhecer à posse, como um direito real, pois recai sobre coisa certa, é um desdobramento da propriedade, tem eficácia *erga omnes*, podendo ser oposta contra todos que a desrespeitarem.

Compreendendo que a posse é “vinculação da coisa à pessoa” (GOMES, 2012, p.49) e que sua aquisição dá-se com o exercício de qualquer dos poderes inerentes à propriedade (artigo 1.204, CC), tratar-se-á a seguir da sua classificação.

A posse classifica-se como: posse justa ou injusta, posse de boa-fé ou de má-fé. A aquisição da posse pode originar de modo lícito ou não. Se adquirida de modo ilícito (violência, clandestinidade, precariedade), torna-se viciada. A presença ou ausência desses vícios objetivos (GOMES, 2012; DINIZ, 2009) influenciam na sua qualificação de posse justa ou injusta. Há ainda os vícios subjetivos (GOMES, 2012; DINIZ, 2009), que se presentes, ou ausentes, quando o possuidor tem ou não a convicção de que sua posse é legítima, influenciam na qualificação da posse, considerada de boa-fé ou de má-fé.

A posse será justa quando não for violenta, clandestina ou precária, conforme artigo 1.200, CC. Logo, a posse injusta (ilícita) é aquela adquirida por meios violentos, clandestinos e precários que afrontam o Direito (BRASIL, 2014f).

Posse violenta é a utilização da força física ou violência moral, clandestina entende-se como oculta, feita às escondidas, de que tem interesse de recuperar a

coisa possuída e precária com abuso de confiança, a partir da recusa em restituir a coisa (GOMES, 2012; DINIZ, 2009; PEREIRA, 2009).

A posse justa deve ser pública e contínua:

pública, para que o interessado na sua extinção possa opor-se a que continue a ser exercida por aquele que se apresenta como legítimo possuidor. Deve ser, do mesmo modo, contínua, porquanto o seu exercício manso e pacífico confirma, constantemente, a legitimidade de sua aquisição (GOMES, 2012, p.49).

A posse de boa-fé está prevista nos artigos 1.201 e 1.202, CC. Será de boa-fé quando o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa. Ignora que possui indevidamente a coisa (BRASIL, 2014f). Segundo Pereira (2009), falta consciência ao possuidor de que ele está causando um dano a outro. Ou, como Gomes (2012) discute, é preciso que, o possuidor esteja convencido de que não prejudica outrem, por erro de direito invencível. A má-fé portanto, está na consciência de que há obstáculo ou vício que o impede de adquirir a coisa de forma legítima.

2.1.4 Perda e Proteção da Posse

O Código Civil brasileiro previu situações de perda da posse nos arts. 1.223 e 1.224. Cessa a posse contra a vontade do possuidor, quando este perde o poder sobre a coisa. Considera perdida a posse pelo esbulho não presenciado, ou sabendo-o nada faz para retomar a coisa, ou no intuito de recuperá-la, é repellido violentamente (BRASIL, 2014f).

Perde-se a posse, dentre as diversas situações que venham a “cessar o poder sobre a coisa ou a faculdade de exercer algum dos direitos inerentes à propriedade”, usar, dispor, gozar (PEREIRA, 2009, p. 42). A perda da posse pode ocorrer, por não se empenhar no sentido de reavê-la, ou, por outra pessoa ter adquirido-a; dessa forma, destacam-se dois modos de perda da posse, dentre outros: pela posse de outrem, decorrente de esbulho de terceiro, neste caso o possuidor perde a coisa

contra sua vontade, e por abandono, em que o possuidor não manifesta interesse em servir da coisa, não é diligente (FARIAS & ROSENVALD, 2012).

A proteção possessória pode ser invocada para resguardar a posse diante de turbação, esbulho, ou ameaça. Um dos efeitos da posse é o “direito a interditos” (GOMES, 2009, p. 93). Os interditos possessórios ou ações possessórias são instrumentos processuais que servem de defesa da posse, contra a ameaça, turbação ou esbulho da posse e são as ações de reintegração e manutenção da posse e interdito proibitório.

As ações possessórias têm procedimento especial, no intuito de promover rápida solução do conflito, e estão previstas no artigo 920 e seguintes do Código de Processo Civil. O prazo para propor ações de manutenção e reintegração de posse é decadencial, de ano e dia contado da agressão, passado esse prazo, o procedimento será ordinário. Os autores Faria & Rosenvald (2012) denominam a ação com rito especial de “ação de força nova”, pois requerida dentro do prazo legal, e “ação de força velha”, para aquela proposta fora do prazo previsto. Esclarecem que, o prazo decadencial não importa em perda para o direito ao interdito possessório. O prejuízo ocorre tão somente, no que se refere, à celeridade processual e à liminar. Para a ação de interdito proibitório não se aplica o prazo decadencial, pois ela deve ser proposta em caso de justo receio de ameaça à sua posse.

A ação de manutenção da posse é medida cabível de defesa para quando o possuidor sofre turbação no seu direito. Turbação é “todo ato que embaraça o livre exercício da posse, haja, ou não, dano, tenha o turbador, ou não, melhor direito sobre a coisa. Há de ser real, isto é concreta, efetiva, consistente em fatos” (GOMES, 2012, p.95).

Na reintegração de posse, o esbulho acontece quando o possuidor é despossado da coisa por violência, clandestinidade ou precariedade. Também chamada de “ação de força nova espoliativa, pressupõe ato praticado por terceiro que importe, para o possuidor, perda da posse, contra a sua vontade” (GOMES, 2012, p.97).

No interdito proibitório, o possuidor diante do receio de ameaça de turbação ou esbulho previne-se com a obtenção de mandado judicial para resguardar-se de violência eminente.

2.1.5 Função social da posse e a função social da propriedade

No primeiro capítulo, foi abordado dentre outros, a função social da propriedade da terra, o exercício da propriedade (faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem quer que a detenha ou possua injustamente) deve estar em consonância ao bem comum. Concluindo que, aquele que, não atribuir destinação adequada à propriedade da terra, de acordo com os ditames da Constituição Federal, não estará protegido pelo direito, não podendo utilizar-se dos institutos possessórios, conforme assevera Marés.

Neste segundo capítulo, no primeiro momento, verificou-se que, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu três figuras que a posse apresenta-se: como exercício do direito real de propriedade, de outros direitos reais e como figura autônoma independente do título. É a vinculação da coisa ao homem, tem eficácia contra todos que a desrespeitem.

Resta discutir sobre a função social da posse. As teorias clássicas da posse não esgotam a abordagem sobre a posse. Em razão das novas exigências sociais, há que se reconhecer que a posse tem uma função social a cumprir.

A teoria da posse foi repersonalizada (SANHUDO, 2011; DINIZ, 2009; GOMES, 2012; TARTUCE, 2014), a partir das contribuições de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gil. Estes autores fortaleceram a posse, ao determinar a sua autonomia em face da propriedade, ao aprofundar o caráter econômico da posse e defender sua função social.

Na V Jornada de Direito Civil de 2011, elaborou-se o enunciado nº 492 sobre a função social da posse, como sendo, a que “constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela” (TARTUCE, 2014, p.864).

Foi visto no subitem 2.1.3, que o Código Civil de 2002 recepcionou a teoria de Ihering, mas os autores Zavascki (2004) e Tartuce (2014) acreditam que o Código Civil brasileiro tem traços também da tese da posse-social de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gil, ou seja, da mesma forma que, a propriedade tem uma função social a cumprir, reconhecida pela Lei Maior, “o mesmo deve ser dito em

relação à posse” (TARTUCE, 2014, p.865). Para Tartuce (2014), o debate entre as teorias Savigny e Ihering está superado.

É perceptível que, no debate entre as teorias clássicas tradicionais da posse entre Savigny e Ihering discutidas no subitem 2.1.2, não há discussão sobre o aspecto social da posse, portanto, como Tartuce (2013) expõe, as teorias estão obsoletas a partir das novas teorias que funcionalizaram a posse. Para Zavascki (2004) a função social diz respeito, mais ao fenômeno da posse, que propriamente, ao direito de propriedade. Segundo ele, a posse permeia de forma implícita a Constituição Federal e sua função social orienta o Código Civil.

Na Constituição Federal, Zavascki (2004) lembra que no capítulo III da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, no artigo 191, *caput* a proteção da posse é voltada à valorização do trabalho rural e da moradia do pequeno agricultor:

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 (BRASIL, 2014g).

Trata-se da aquisição do direito de propriedade pela usucapião pró-labore. Outra situação de tutela da posse, em detrimento do direito de propriedade, está prevista no artigo 183, *caput* da Constituição Federal, com relação à Política Urbana,

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2014g).

Para o autor, a tutela da posse e sua função social estão delineadas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil, por exemplo ao abordar a usucapião pelo trabalho e habitação nos artigos 1.239 e 1.240.

O intuito, não é traçar um novo conceito sobre a posse a partir das teorias sociológicas de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gil, mas demonstrar

que, a partir delas, abriu-se o caminho para a discussão da função social da posse, porque as teorias clássicas não atendem à realidade social de milhares de trabalhadores rurais desvalidos, sem acesso à terra, enquanto o país tem um quadro caótico, antissocial, de concentração de propriedades de terras ociosas pela especulação imobiliária e propriedades descumpridoras da função social.

Tem-se em vista, por conseguinte, as novas exigências sociais conduzidas pela Carta Política de 1988, tais como o primado da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito, rumo à construção de uma sociedade justa, fraterna, com a promoção do bem de todos, do desenvolvimento nacional e com o fim de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Para as teorias sociológicas, a posse não é uma mera exteriorização da propriedade.

É fundamental uma reinterpretação forjada em valores sociais que a reconheçam como poder fático de ingerência socioeconômica em relação a determinada coisa, cumprindo a função social. Desse modo, a posse é um fenômeno capaz de se sobrepor à própria propriedade em face de sua densidade e autonomia” (SANHUDO, 2013, p.87).

Na teoria de Raymond Saleilles, a posse é uma “relação de apropriação econômica e não jurídica”, ou seja, uma apropriação econômica, que permite a exploração da coisa (BOLONHINI JUNIOR, 2013, p.218). Raymond Saleilles destaca a autonomia da posse diante da propriedade, “há uma relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica do possuidor” (SANHUDO, 2013, p.72).

Silvio Perozzi atribui à posse o caráter social, um cunho sociológico. A posse é “um dever de abstenção da sociedade em relação a uma coisa objeto do poder de uma pessoa que, certo desse dever de abstenção mencionado, apreende a coisa como possuidor” (BOLONHINI JUNIOR, 2013, p.219).

A posse ganha estabilidade social e jurídica, pelo dever de abstenção da sociedade, mas não caracteriza uma relação jurídica, não depende da regulação estatal, porque “tem como base estrutural uma relação ético-social calcada num costume que integra a moralidade da sociedade; portanto, a posse é parte integrante

da consciência social, não dependendo da vontade do Estado” (BOLONHINI JUNIOR, p.220).

A posse para Silvio Perozzi é fato social, correlação entre poder de apreensão de coisa por uma pessoa, independentemente da intenção de ser dono, ou da aparência de dono e um dever de abstenção da sociedade.

Trata-se de uma propriedade-função. “A posse se parece com a propriedade, enquanto não é ela mesma uma propriedade; precisamente ela é uma propriedade social, um estado de liberdade de ação com relação à coisa vigente por forças naturais” (PEROZZI, 1906, p.828 *apud* BOLONHINI JUNIOR, 2013, p.221).

Hernandez Gil observa a posse como sendo, uma relação assentada no aspecto social e com reflexos jurídicos, um fenômeno social primário inerente à condição humana porque

se exterioriza por meio da ação humana, especialmente o contato do homem com as coisas que se encontram ao seu alcance, que estão ao seu redor, a partir de uma relação econômico-política, independentemente da espécie de estrutura econômico-social que se tem em vista, isto é, a posse como fenômeno social é observada tanto nas economias de mercado, quanto nas economias mais fechadas (BOLONHINI JUNIOR, 2013, p.61).

Hernandez Gil aponta que, a propriedade difere da posse, pois naquela, há uma relação de exclusão, e nesta, uma relação social primária. A posse pode ser vista, como uma necessidade humana e como instrumento de trabalho. A função social da posse promove a existência digna do homem pela distribuição equitativa de renda, “atendendo-se assim, o piso mínimo vital da existência humana, não só no que se refere à moradia e subsistência, mas também em relação ao trabalho desenvolvido pelo indivíduo e coletividade” (BOLONHINI JUNIOR, 2013, p.96). A posse merece o tratamento jurídico que se dá à propriedade, no que tange à função social.

A propriedade, quanto a posse, podem existir separadamente, mas para Torres (2007, p.303), a propriedade sem posse é “um recipiente vazio, tendo em tal situação, função econômica e social limitadas”. A propriedade, conceito abstrato (MARÉS, 2003) subsiste sem exercício da posse porque está amparada no título

aquisitivo, por outro lado, a posse não sobrevive sem seu exercício. Desta forma, assinala que, a função social torna-se mais evidente na posse, que na propriedade.

O autor, parte da ideia de que, para cumprir a função social da propriedade é necessário o “exercício da faculdade de uso do bem, este só se materializa pela posse”, então, na verdade, a função social é da posse, cujo proprietário ao exercê-la, atende aos compromissos sociais (TORRES, 2007, p.303).

Zavascki (2004) nesse sentido, assevera que, a função social diz respeito mais ao fenômeno da posse, que propriamente ao direito de propriedade.

A obrigação do proprietário em manter a propriedade da terra cumprindo a função social dá-se com o exercício efetivo da posse. A ausência da função social da propriedade implica em ausência da função social da posse; e a ausência da função social nos dois institutos implica em ausência de proteção pelo Direito.

A função social, elevada constitucionalmente, deve estar presente nos dois institutos: propriedade e posse, tanto o proprietário, quanto o possuidor, deverão segundo Castro, “pautar a sua conduta de modo a atender, além da destinação econômica do bem, mas também a sua função ou destinação social que deles se espera” (2011, p.123). Se a Constituição reconhece a função social da propriedade, o mesmo deve ser dito em relação à posse (TARTUCE, 2014).

Para Dantas (2013) e Araújo Neto (2012), o princípio da função social deve ser avaliado na tutela da posse e propriedade da terra, sendo que, no caso de desfuncionalização desta última, a primeira deve prevalecer ao ocupante pelo seu exercício da posse funcionalizada⁴⁵.

Por todo o exposto, defende-se a ideia de que a função social da propriedade é desempenhada com o cumprimento da função social da posse. E aqui retorna-se ao preceituado por Marés, a propriedade que não cumpre a função social da terra é uma “espécie de coisa de ninguém, desapropriável, mas também ocupável, por quem puder fazê-la útil à sociedade” (p.125):

⁴⁵A posse funcionalizada pode ser também denominada de posse qualificada pelo trabalho e moradia.

Por outro lado, aquele que faz a terra destinada ao uso privado cumprir sua função social tem direito a ela e a seus frutos, ainda que proprietário não seja, sem que o eventual titular do direito possa invocá-lo contra o uso dado. Ao contrário de cometer ato ilícito, aquele que ocupa uma terra que não está cumprindo sua função social, para fazê-la cumprir, age de acordo com a lei e o interesse social, merece prêmio, não sanção. (MARÉS, 2003, p.134).

Portanto, a ocupação torna-se legítima diante dessa situação. Neste caso, a função social da posse pelo ocupante merece proteção jurídica, em detrimento do titular de domínio, que não observa a função social da propriedade da terra.

Discutir-se-á nos próximos tópicos, a exigência da função social no conflito agrário instalado, no confronto entre ocupante e proprietário em torno da efetiva utilização do bem, em sede de liminar de reintegração de posse.

2.2 O Código de Processo Civil de 1973 e a função social da propriedade

O CPC estabeleceu que, em caso de esbulho, o possuidor tem o direito de ser reintegrado na sua posse (artigo 926) e para tanto, deverá provar os seguintes elementos (artigo 927): a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho, a perda da posse. E para obter a antecipação de tutela em liminar de reintegração de posse, bastará que a petição esteja instruída com esses elementos para o seu deferimento (artigo 928), no caso contrário, o juiz marcará audiência de justificação e só depois decidirá sobre o pedido de liminar.

No artigo 927⁴⁶ do CPC não há qualquer menção do princípio da função social da propriedade ou da posse.

Uma questão que foi discutida sobre a posse, é a figura do possuidor-proprietário que se confundem em uma pessoa, porque nesta situação, a posse é um desdobramento do direito de propriedade. Neste caso, em razão da consagração da

⁴⁶Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração. (BRASIL, 2014I).

função social da propriedade na Constituição deve repercutir segundo Didier Júnior (2008), no regramento infraconstitucional de tutela processual da posse.

Leonetti (2009) defende que, o magistrado, no caso concreto de ações possessórias, é obrigado a examinar o cumprimento da função social da propriedade e deverá julgar improcedente se não houver a observação da função social.

Segundo Marés (2003; 2006), o proprietário que não cumpre a função social não está protegido pelo Direito, não tem direito de socorrer-se, não podendo utilizar-se dos meios jurídicos de proteção, como as ações possessórias. Deverá provar o cumprimento da função social nos três requisitos econômico, social e ambiental como reza o artigo 186⁴⁷ da CF.

Para Zavascki (2005), quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias de proteção da posse inerentes à propriedade e as ações possessórias. Desta forma, nas ações possessórias a prova da função social da propriedade é uma exigência, pois a aplicação das normas civilistas e processuais civis devem ser feitas à luz da CF.

Para Abib (2005) a interpretação não pode ser outra, a função social da propriedade é requisito para deferimento nas ações possessórias, sem ela não há proteção pela lei. Se “o proprietário que não exerce a sua posse de forma adequada, e não confere à propriedade uma função social na forma da Constituição, não deverá pois, obter a proteção jurisdicional” (p.89-90).

Castro (2011) entende perfeitamente possível discutir diante de conflitos possessórios que o proprietário demonstre o cumprimento da função social da propriedade.

Ferreira et al (2013) consideram que é cabível, a partir do regramento constitucional, a exigência quanto ao cumprimento da função social da propriedade como requisito para deferimento da liminar ou procedência da ação possessória.

⁴⁷Art. 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. (BRASIL, 2014g).

Marques (2010) expõe que, o proprietário tem o direito de ser reintegrado em sua posse, desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 927 do CPC e comprove o cumprimento da função social na integralidade do artigo 186 da CF.

De acordo com Bercovici (2001), a partir da CF de 1988, tornou-se inviável a proteção possessória de quem não cumpre a sua função social.

Dentre outros autores que defende a aplicação do CPC à luz da CF, e portanto, cabível a exigência do cumprimento da função social da propriedade para deferimento das ações possessórias, estão: Barroso & Rezek (2007), Bertan (2009), Carapumala (2001), Castro (2012), Comparato (1997), Chemeris (2003), Dantas (2013), Dresch (2006), Guterres & Crocetti (2005), Jesus (2005), Lemos (2012), Moreira (2004), Orrutea (1998), Peres Neto (2010), Sanhudo (2011), Tepedino & Schreider (2002) e Torres (2007).

Como lembra Didier Júnior (2008), não é possível abordar os procedimentos de tutela da posse ignorando a existência da norma constitucional, que estrutura todo o sistema infraconstitucional.

Sabendo que, o possuidor-proprietário para cumprir a função social da sua propriedade da terra, é preciso exercer a posse, sendo na verdade, a função social mais presente na posse.

Por isso, é plenamente possível a exigência da comprovação da função social da propriedade para proteção possessória, porque como lembra Didier Júnior “se a tutela processual serve à tutela do titular do domínio, se esse domínio não é digno de proteção jurídica, porquanto em desacordo com o modelo constitucional do direito de propriedade” (2008, p.4), não haverá proteção do instrumento de realização desse direito, que é a posse, ou seja, restando o indeferimento da tutela processual da posse.

Para o autor, na proteção processual possessória é necessária a prova do cumprimento da função social. Assim, na aplicação do artigo 927 do CPC, deverá o intérprete, analisar: a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho, a perda da posse e o pressuposto implícito a função social, decorrente do modelo constitucional de propriedade.

Adiers (2003), contrário a toda a argumentação acima, não coaduna com a possibilidade de discussão possessória sobre a ideia de função social da propriedade, pois que, inadequada, não sendo possível, no caso de “invasões de terras,

patrocinadas por grupos de sem-terra”, o argumento de que a propriedade não é produtiva (ADIERS, 2003, p.12). Não é possível discutir índices de produtividade em matéria possessória e a função social para concessão de liminar possessória, ou para deferimento de tutela final possessória. Para ele, tudo isso é cancelar invasões de terras.

Essa visão do autor é um exemplo mais corriqueiro entre os juristas brasileiros, marcada fortemente pelo conservadorismo do direito, distante da realidade social e da Constituição. Esses tempos requer razoabilidade e superação.

2.3 O Novo Código de Processo Civil e a função social da propriedade

O projeto de lei do Novo Código de Processo Civil foi aprovado pelo Senado no dia 17 de dezembro de 2014 e segue para sanção da Presidente da República, se sancionado entrará em vigor após um ano.

Cumprir analisar os motivos para a reforma do Código de Processo Civil de 1973. O anteprojeto do Novo CPC foi elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo ato nº 379/2009, na presidência do Ministro Luiz Fux. Os motivos que a Comissão designada considerou foram vários, os mais relevantes serão abordados.

Para a Comissão de Juristas, o CPC de 1973, vigente até o momento, foi satisfatório durante duas décadas. A partir dos anos 1990 começou a sofrer singelas alterações, com o intuito de “adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições” (BRASIL, 2014j, p.235).

Aos poucos, as diversas alterações sofridas pelo CPC comprometeram a coesão entre suas normas e geraram polêmicas no mundo jurídico. Desta forma, preocupando-se com a forma sistemática de suas normas processuais, no intuito de obterem maior funcionalidade, sem prejuízo de sua manutenção e aperfeiçoamento dos institutos inseridos no sistema, formula-se um novo código, que ressalta a Comissão: não significa uma “ruptura com o passado, mas um passo à frente” (BRASIL, 2014j, p.236).

A Comissão aponta que, não basta só conservar os institutos que têm aceitação, mas são necessárias mudanças em questões divergentes, que não tiveram aceitação no meio social e jurídico. Resolver tais problemas, é o que a Comissão propôs-se ao elaborar o Anteprojeto. Para ela, o processo deve ser um “método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais” (BRASIL, 2014j, p.236).

A Comissão mostrou-se preocupada com a harmonia e coerência interna do código processual civil, com um processo mais célere, justo e que atenda às necessidades sociais, que proporcione à sociedade o “reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados”, que ao mesmo tempo, seja eficiente e mantenha maior coerência com a CF (BRASIL, 2014j, p.234).

Neste sentido, a Comissão de Juristas traçou 5 objetivos, que expõe serem os motivos para um novo CPC. São eles: 1) estabelecer expressa e implicitamente total sintonia com a CF; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão em sintonia com a realidade dos fatos no caso em específico; 3) simplificar, resolver os problemas com redução da “complexidade de subsistemas”, como exemplo, o recurso; 4) dar a cada processo um maior rendimento possível; e 5) possibilitar uma maior coesão de suas normas processuais civis (BRASIL, 2014j, p.237).

Prestigia-se a Comissão de Juristas pela exposição dos motivos para pensar o desenvolvimento do novo CPC, mas critica-se o fato de o Anteprojeto ou melhor, PLS nº 166/2010 não atender as demandas dos conflitos fundiários rurais. Na sua redação, não há qualquer menção de alteração do artigo 927 do CPC, agora artigo 547 pelo PLS nº 166/2010, ou seja, não houve a inclusão da função social da propriedade como um dos requisitos para o deferimento da ação de reintegração de posse.

O PLS nº 166/2010, de autoria do Senador José Sarney aprovado em dezembro de 2010 no Senado Federal, foi encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão, passando a tramitar como PL (Projeto de Lei) nº 8.046/2010. Em março de 2014, foi aprovado o Substitutivo da Câmara de Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 e encaminhado à casa iniciadora para votação, conforme o artigo 65 da CF (BRASIL, 2014k).

Ressalta-se que o artigo 547 do projeto do novo CPC foi alterado pela Câmara dos Deputados para o artigo 575 e seguiu para o Senado, onde foi aprovado no final de 2014 como já mencionado, conquanto, não sofreu alteração na sua redação, ficou de lado, novamente, o tratamento da função social da propriedade nas ações possessórias. Restando incoerente com o preconizado pela Comissão de Juristas de construção de um sistema processual civil voltado para a resolução dos conflitos, abertura para as necessidades e demandas sociais e em sintonia com a própria Lei Maior.

3 ESTUDO DE CASO

3.1 Coleta e Análise de Dados do Processo nº 296220-60.2014.8.09.0000

3.1.1 Memorial do estudo de caso

Trata-se de conflito agrário coletivo que envolve 3.500 (três mil e quinhentas) famílias integrantes do MST (ao todo são aproximadamente 10 mil pessoas), que ocuparam a fazenda Santa Mônica situada nos municípios de Corumbá de Goiás, Abadiânia e Alexânia. A concentração das famílias na fazenda está na localização do município de Corumbá de Goiás. A fazenda tem aproximadamente 30 mil hectares.

A ocupação da fazenda Santa Mônica ganhou repercussão na imprensa local e nacional. As principais forças sociais estão presentes na discussão de uma resolução pacífica do conflito instalado, e são elas: coordenador estadual do MST em Goiás, líderes do MST, as milhares de famílias acampadas, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Superintendência Regional do INCRA, Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás, Polícia Militar, Presidente da Comissão de Reforma Agrária da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Procurador da República, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, advogado da parte autora, Ouvidoria Agrária Nacional, Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo, Comissão Pastoral da Terra, Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública em Goiás, Tribunal de Justiça, MP, Ouvidoria Geral da SSP/GO, Superintendência dos Direitos Humanos do Estado de Goiás e Comissão de Direitos Humanos da OAB/GO.

A ação de interdito proibitório foi ajuizada em 15 de agosto de 2014, a liminar foi concedida em 20 de agosto determinando a proibição do MST em turbar ou esbulhar as terras da fazenda Santa Mônica. Em 31 de agosto, o MST ocupou parte da fazenda Santa Mônica. A parte autora reforçou o pedido de conversão de interdito proibitório em reintegração de posse, e a concessão da liminar de reintegração de posse *inaudita altera pars*.

Em 04 de setembro, o magistrado deferiu o pedido e concedeu a liminar *inaudita altera pars* de reintegração de posse, em razão dos integrantes e líderes do MST ocuparem a fazenda em descumprimento da ordem judicial. Concedeu o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para desocupação pacífica do imóvel rural, ficando autorizado o desforço policial em caso de resistência à ordem judicial.

Após frustradas as negociações da Comissão de Combate à Violência no Campo, e da Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás na resolução do conflito agrário, e diante da manifestação dos ocupantes em resistir a ordem judicial, foi marcada operação policial para cumprimento de decisão liminar para o dia 24 de novembro de 2014.

No dia 21 de novembro, o Tribunal de Justiça suspendeu a decisão de primeiro grau até o pronunciamento definitivo da 4ª Câmara Cível, em razão do provável risco de conflito social com efeitos irreparáveis, a exemplo do ocorrido no massacre de Eldorado dos Carajás. Até o presente momento, as potências públicas buscam uma solução pacífica para este caso.

3.1.2 Qualificação das partes

O artigo 282 do CPC, preceitua que a petição deve conter a autoridade competente para julgamento do processo, a qualificação das partes, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, pedido com suas especificações, protesto pela produção de provas, requerimento de citação do réu e valor da causa. Para Montenegro Filho (2013), estes requisitos devem ser adaptados à realidade da ação possessória, respeitando as suas peculiaridades. Além de serem também observados os requisitos do artigo 927 do CPC.

O nome e a qualificação das partes, que devem necessariamente conter na petição inicial, no caso da ação de reintegração de posse, nem sempre serão possíveis. O autor que pretende recuperar sua posse, pode não saber quem de fato esbulhou o imóvel. De modo que, a ação possessória pode ser proposta contra réu incerto, ou com qualificação incompleta, às vezes identificado por apelido. Quando tratar-se de esbulho praticado por muitas pessoas, pode ser proposta contra os “ocupantes do terreno”. Nestes casos, o oficial de justiça deverá identificá-los

nominalmente quando do cumprimento do mandado de citação (MONTENEGRO FILHO, 2013, p. 260).

Na legitimação ativa, o autor para propor a demanda é o possuidor que detém o exercício de alguns dos poderes de domínio. Na legitimação passiva, o réu é aquele que esbulha a posse do autor (THEODORO JÚNIOR, 2014a).

Analisando o processo nº 296220-60.2014.8.09.0000 (201402962201), a parte autora é a empresa rural⁴⁸ Santa Mônica Agropecuária e Serviços Ltda., que explora atividade de pecuária e agricultura.

No polo passivo, está o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) representado por um trabalhador rural acampado, um dos líderes da ocupação.

3.1.3 Pedidos

Segundo o artigo 921⁴⁹ do CPC, a petição inicial deverá conter o pedido possessório de mandado de reintegração de posse, todavia, poderá cumular outros pedidos de condenação em perdas e danos que o réu provocou, pena para o caso de reiteração do esbulho, condenação do réu para realizar a demolição das construções e o desfazimento das plantações que ele próprio introduziu.

No processo nº 296220-60.2014.8.09.0000, a parte autora postulou o deferimento da medida liminar *inaudita altera pars* para que fosse concedido mandado proibitório contra atual ameaça e iminente de turbação, ou esbulho da posse, e ao final, julgada procedente a ação. Entre outros pedidos, a parte requereu a citação do MST para defesa e a conversão da Ação de Interdito Proibitório em Reintegração de Posse, em caso de esbulho, a fixação de multa diária pelo descumprimento da medida liminar, que fossem oficiados aos órgãos da Segurança Pública; pleiteou a

⁴⁸ O Código Civil, nos seus artigos 971 e 984, faculta ao empresário que constitua a atividade rural sua principal profissão, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, equiparando-se à sociedade empresária (BRASIL, 2014i).

⁴⁹ Art. 921. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:
I - condenação em perdas e danos;
II - cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;
III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (BRASIL, 2014i).

condenação nas custas processuais e honorários advocatícios e protestou pela produção de todos os meios de provas.

Com relação ao pedido de conversão da ação de interdito proibitório, em reintegração de posse, este é perfeitamente possível diante do princípio de fungibilidade das ações possessórias previstas no artigo 920 do CPC, em que a propositura de uma ação possessória, ao invés de outra, não obstará que o juiz conheça o pedido e conceda a proteção legal quando provados os requisitos legais (BRASIL, 2014I).

O interdito proibitório é uma ação possessória preventiva, trata-se de

uma variação da ação de manutenção de posse, em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada. Esse interdito, portanto, é concedido para que não se dê o atentado à posse, mediante ordem judicial proibitória” (THEODORO JÚNIOR, 2014a, p. 195).

A ação de interdito proibitório foi convertida em reintegração de posse pelo juiz em observância à fungibilidade das ações possessórias, pois, durante o processo, 3.500 (três mil e quinhentas) famílias integrantes do MST acabaram ocupando parte da fazenda Santa Mônica em Corumbá de Goiás.

3.1.4 Tipo de posse e procedimento processual

O CPC no artigo 924⁵⁰ determina a utilização do procedimento especial nas ações possessórias de força nova e nas ações possessórias de força velha, o procedimento comum ordinário, como já abordado (2.1.4). Tratando-se de Ação de Reintegração de Posse, considera-se de força nova, quando ajuizada dentro de ano e dia a contar do esbulho, inicia-se no procedimento especial⁵¹ e de força velha,

⁵⁰ Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório (BRASIL, 2014I).

⁵¹ Procedimento simplificado e ágil em relação aos trâmites processuais, com delimitação do tema, explicitação dos requisitos para boa execução do procedimento. Aquilo que for omissa

quando ajuizada mais de um ano e dia, tem curso iniciado no procedimento comum⁵² ordinário.

No caso concreto, a posse tem força nova portanto, inicia-se no procedimento é especial, o que significa a possibilidade ou não de obter a medida liminar de reintegração de posse em favor do autor, pois a partir da contestação, o curso do processo segue o procedimento ordinário (THEODORO JÚNIOR, 2014a).

3.1.5 A participação do Ministério Público, do Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários, da Ouvidoria Agrária e da Comissão de Conflitos Fundiários da Secretaria de Segurança Pública

Em relação ao Ministério Público (MP), a sua intervenção obrigatória sob pena de nulidade do processo nas ações, que envolvem conflitos coletivos agrários, está claramente delineada no artigo 82, III do CPC.

No caso objeto de estudo, o MP não foi ouvido antes do juiz proferir a decisão liminar. Sendo após intimado da decisão liminar, manifestou pelo cumprimento da decisão e citação da parte ré para contestação.

O Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos foi criado pelo decreto judiciário nº 2.141/2009, em atendimento à Portaria nº 491/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que criou o Fórum Nacional para:

o monitoramento e resolução dos conflitos fundiários rurais e urbanos, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais, e a prevenção de novos conflitos (CNJ, 2009).

neste procedimento incidirão as regras do procedimento comum ordinário (THEODORO JÚNIOR, 2014a).

⁵² O procedimento comum desdobra-se em ordinário e sumário. Em razão da matéria ou do valor causa, simplifica-se o rito e surge o sumário. E para as demais hipóteses, que não tenham sido contempladas pela lei nem com o sumário nem com algum procedimento especial, vigora o ordinário” (THEODORO JÚNIOR, 2014a, p. 43).

O Comitê Estadual para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos, visa dar apoio às ações do Fórum Nacional instituído pelo CNJ, de forma a permitir o alcance nacional de suas ações. Integram o Comitê, membros dos Poderes Judiciário e Executivo, representantes do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Goiás (OAB-GO). (DJE nº 432 de 2009).

No processo analisado, não houve participação do referido órgão.

A Ouvidoria Agrária Nacional (OAN) foi criada para resolução das tensões e conflitos sociais no campo. Ela articula de forma extrajudicial a mediação entre os envolvidos nos conflitos, a fim de reduzir a necessidade de intervenção do Poder Judiciário e da Segurança Pública; promove a interlocução entre os governos estaduais, municipais, movimentos sociais rurais, produtores rurais e sociedade civil, para prevenir, mediar e resolver os conflitos agrários no intuito de garantir a paz no campo; busca diagnosticar, propor soluções pacíficas sobre tensões e conflitos sociais e garantir os direitos humanos das pessoas envolvidas nos conflitos. (BRASIL, 2014m).

A OAN integra a estrutura organizacional do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), conta com apoio das ouvidorias agrárias regionais vinculadas às superintendências regionais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), o seu ouvidor agrário nacional é o Desembargador Gercino José da Silva Filho.

A sua criação representou o reconhecimento da existência dos conflitos agrários e a importância de buscar a redução dos focos de tensões no campo. Ocorre que, enfrenta dificuldades, uma “precariedade institucional”, não dispõe de estrutura física, nem de recursos humanos para desempenhar sua missão, situação que pode provocar uma perda de credibilidade; mas felizmente a Ouvidoria consegue atuar de forma ativa nas negociações entre proprietários e trabalhadores rurais sem terra. (BUAINAIN, 2008, p. 106).

A OAN, no esforço de evitar a violência que ocorre no cumprimento dos mandados de reintegração de posse, em que não há observância mínima dos direitos humanos das partes envolvidas, instituiu o Manual de Diretrizes Nacionais para Cumprimento de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse

Coletiva, para nortear as “autoridades públicas encarregadas da aplicação da lei nas ações coletivas decididas pelo Poder Judiciário” (MDA, 2014a).

O Manual prevê que, havendo necessidade do uso da força policial para o cumprimento de ordens judiciais decorrentes de conflitos coletivos pela posse e propriedade da terra, o representante da unidade policial, ao receber a ordem de desocupação, deverá articular com os

demais órgãos da União, Estado, Município (Ministério Público, Incra, Ouvidoria Agrária Regional do Incra, Ouvidoria Agrária Estadual, Ouvidoria do Sistema de Segurança Pública, Comissão dos Direitos Humanos, Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Ordem dos Advogados do Brasil, Delegacia de Polícia Agrária, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e demais entidades envolvidas com a questão agrária/fundiária), para que se façam presentes durante as negociações e eventual operação de desocupação (MDA, 2014a).

A OAN participou ativamente no processo estudado. Nas reuniões de 09 e 11 de setembro de 2014, a Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo⁵³ presidida pelo desembargador Gercino José da Silva Filho contou com a participação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Superintendente Regional do INCRA, Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás, Comando da Polícia Militar, Presidente da Comissão de Reforma Agrária da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Procurador da República, Coordenador Estadual do MST em Goiás, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e advogado da parte autora.

A Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo fez vários encaminhamentos e firmou o compromisso de dar o apoio necessário ao INCRA para compra e venda de área destinada à reforma agrária, cadastrar as famílias que estão acampadas na fazenda Santa Mônica e posteriormente assentá-las.

O Coordenador Estadual do MST manifestou que as famílias ocupantes não

⁵³ A Comissão é coordenada pelo MDA, por meio da Ouvidoria Agrária Nacional no intuito de propor medidas para o combate e prevenção da violência do campo, solução nos processos judiciais e administrativos referentes aos conflitos agrários, estimular a negociação entre as partes para resolução pacífica dos conflitos (MDA, 2014b).

desocupariam pacificamente a propriedade, e iriam resistir à ordem judicial, devendo o INCRA assumir o compromisso de comprar parte da fazenda ou uma outra área para possibilitar o assentamento das famílias sem-terra. Para o MST, a ocupação representa a luta pela reforma agrária, é uma forma de pressionar o Poder Público a programar a reforma agrária no Estado de Goiás.

A Comissão de Conflitos Fundiários, que foi criada pela Portaria 848/2011 em decorrência do decreto estadual nº 5.642/2002 sobre o gerenciamento de crises, integra a Secretaria de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás (SSPJ-GO) (GOIÁS, 2014). A Comissão da SSPJ atua no cumprimento da ordem judicial em observância ao Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse. Importante destacar, que a Comissão busca formas pacíficas para o cumprimento da decisão judicial de desocupação.

De acordo com o Manual, o responsável pelo fornecimento de apoio policial, deve buscar a participação dos órgãos envolvidos na solução dos conflitos, das partes envolvidas, dos representantes dos ocupantes, para fins de prevenção do conflito com a desocupação pacífica, tentar viabilizar área provisória para os ocupantes junto à Ouvidoria Agrária Regional do Incra etc (MDA, 2014).

No caso estudado, há ampla participação da Comissão de Conflitos Fundiários na busca de uma solução pacífica do conflito agrário. Ela é composta dos membros da Superintendência dos Direitos Humanos do Estado de Goiás, Presidente da Comissão dos Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, OAB-GO, do Tribunal de Justiça, Ouvidoria Geral da Segurança Pública, Polícia Militar e MP.

Nas reuniões realizadas em 05 e 19 de setembro de 2014, participaram a SSP/GO, o juiz de direito, MP, Polícia Militar, Polícia Civil, PRF, representante da prefeitura de Corumbá de Goiás, Ouvidoria Geral da SSP/GO, Superintendência dos Direitos Humanos do Estado de Goiás, Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Comissão de Direitos Humanos da OAB/GO, INCRA, líderes do MST, advogado da parte autora, Presidente da Comissão de Reforma Agrária da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e Coordenador Estadual do MST.

No dia 05 de setembro, o MST manifestou em reunião aos membros da Comissão de Conflitos Fundiários que, a sua luta é para incorporar parte da fazenda

Santa Mônica para reforma agrária, o INCRA firmou o compromisso de avaliar a propriedade e verificar o atendimento da função social, negociar a aquisição da terra pela União, ou de ofertar outra área destinada à reforma agrária.

Na reunião realizada em 19 de setembro, o advogado da parte autora manifestou que não haveria possibilidade de vender parte da fazenda Santa Mônica, mas a Comissão de Conflitos Fundiários manifestou em aguardar o pronunciamento do Ouvidor Agrário Nacional sobre as tratativas de negociação com um dos proprietários sobre a compra e venda de parte da fazenda ocupada. No dia 09 de outubro, a Comissão de Conflitos Fundiários voltou a reunir-se na busca de uma solução pacífica do conflito, tendo em vista que os ocupantes da fazenda manifestaram resistência à desocupação pacífica.

Contudo, em que pese a Comissão de Conflitos Fundiários e a Comissão de Combate à Violência do Campo, em diversas reuniões buscarem soluções pacíficas para o conflito agrário instalado, estas não lograram êxito. E diante da resistência dos ocupantes em desocuparem pacificamente a propriedade, foi marcada Operação Policial para retirada das 3.500 famílias para o dia 24 de novembro em cumprimento da decisão judicial de reintegração de posse, prolatada há mais de três meses. Contudo, foi suspensa a operação policial pelo Tribunal de Justiça, o que será destacado no subitem 3.1.7.

3.1.6 Audiência de Justificação

Na hipótese de não ser possível ao autor provar os requisitos do artigo 927 do CPC como a posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse, prevê o artigo 928⁵⁴ do CPC a audiência de justificação em que o autor poderá justificar as suas alegações e provar através de testemunhas o alegado.

⁵⁴ Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada (BRASIL, 2014I).

Neste momento, o réu é citado para comparecer na audiência, mas, não poderá arrolar testemunhas, apenas contraditar as arroladas pelo autor⁵⁵. O juiz verificará o preenchimento dos requisitos para após então, se presentes, deferir a liminar de reintegração de posse, lembrando-se do requisito temporal (CÂMARA, 2013) de ação de força nova.

No caso em análise, não houve audiência de justificação, pois o juiz entendeu haver elementos autorizadores para o deferimento da liminar de reintegração de posse.

3.1.7 Concessão de liminar

Inicialmente, cumpre esclarecer que, existem duas medidas provisórias, que segundo Theodoro Júnior (2013), recebem o nome de tutela de urgência, são elas: uma de natureza cautelar e outra, de natureza antecipatória. A tutela cautelar é conservativa e assecuratória, tem por finalidade de apenas preservar “a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento”, enquanto a tutela antecipatória é satisfativa, ainda que de forma provisória, permite-se a imediata satisfação da pretensão do autor, “por meio de liminares ou medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 70).

Para ser concedida a antecipação da tutela, a lei (artigo 273 do CPC) determina prova inequívoca tendente a verossimilhança do alegado, perigo de dano iminente ou abuso de direito de defesa por parte do réu. Na tutela cautelar, basta a demonstração da aparência do direito (*fumus boni iuris*) e o receio fundado de um dano iminente ou de difícil reparação (*periculum in mora*) previstos pelo artigo 801 do CPC. A antecipação de tutela é pleiteada na própria ação principal, já a tutela cautelar é objeto de ação separada ajuizada antes da ação principal, ou durante seu curso.

Após a diferenciação entre medida cautelar e medida antecipatória, insta saber, sobre a concessão desta última em liminar e no procedimento especial de ação possessória.

⁵⁵ Wambier & Talamini (2014) discorrem que nesse momento não há contraditório pleno, mas o réu participa ativamente da audiência.

Como visto, a antecipação de tutela tem caráter de provisoriedade, porque a solução que propõe, não é definitiva, podendo ser revogada ou modificada a qualquer momento desde que por decisão fundamentada. Apresenta também o caráter de reversibilidade em que se preserva o “direito ao réu à reversão do provimento, caso seja ele afinal, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide”. Não se concederá a antecipação de tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado conforme artigo 273, § 2º do CPC (THEODORO JÚNIOR, 2014b).

A tutela antecipatória pode ser concedida *in limine litis* (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010), no início da lide sob a forma de liminar *inaudita altera parte*, sem ouvir a parte contrária, ou em outro momento do curso processual.

A liminar é o “provimento judicial emitido no momento em que o processo se instaura”, antes da citação do réu, ou após a audiência de justificação com a citação do réu, mas sempre antes da abertura do prazo de defesa do réu, em que é oportunizado o contraditório (THEODORO JÚNIOR, 2014b).

A liminar tem caráter de provisoriedade, pois, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo mediante decisão fundamentada (THEODORO JÚNIOR, 2009).

No procedimento especial, não há necessidade para concessão da tutela antecipatória o fundado receio de dano, “mas apenas a demonstração do direito afirmado, ou o preenchimento de determinados requisitos estabelecidos pelo legislador como imprescindíveis para a configuração da evidência do direito” (MARINONI & ARENHART, 2007, p. 210). Na ação proposta com força velha o autor não tem direito à tutela antecipatória prevista no artigo 928 do CPC.

O juiz concederá a medida de tutela antecipatória em liminar na ação de reintegração de posse de força nova, em dois momentos. O primeiro: quando a petição estiver instruída com a presença dos requisitos do artigo 927 do CPC (a posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse). Além disso, como já estudado no item 2.1.5, exige-se o requisito implícito decorrente do arcabouço constitucional que é a prova da função social da propriedade.

Portanto, o juiz no julgamento liminar da ação possessória deve exigir a prova ainda que mínima, do cumprimento da função social da propriedade, tal como delineado no artigo 186 da CF. Na aplicação do artigo 927 do CPC, deverá o

intérprete, analisar: a posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho, a perda da posse e o cumprimento da função social da propriedade.

E no segundo momento, de acordo com o artigo 928 do CPC, quando não devidamente instruída a petição, deverá o juiz designar audiência de justificação para comprovação do alegado, para então, manifestar sobre o deferimento da tutela antecipatória em liminar (BRASIL, 2014).

Analisando o caso concreto, no primeiro momento, a liminar foi concedida em 20 de agosto determinando a proibição do MST em turbar ou esbulhar as terras da fazenda Santa Mônica, arbitrando multa em caso de descumprimento da proibição judicial no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) reais, além cominação de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada dia de permanência no imóvel em caso de ocupação. Na fundamentação da decisão não houve menção da função social da propriedade, o juiz limitou-se na demonstração do direito de posse e no fundado receio e eminente de dano, ameaça à posse.

Como durante o processo, as famílias acabaram ocupando a Fazenda Santa Mônica, a parte autora reforçou o pedido de conversão de interdito proibitório em reintegração de posse; e a concessão da liminar de reintegração de posse *inaudita altera pars*. O magistrado deferiu o pedido e concedeu a liminar de reintegração de posse fundamentando sua decisão de que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a reintegração de posse, uma vez que, comprovado a posse e a propriedade do requerente e o esbulho sofrido através da invasão da propriedade rural, manifestou que mesmos cientes do interdito proibitório, os integrantes e líderes do MST resolveram invadir a fazenda em descumprimento da ordem judicial.

Concedeu o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para desocupação pacífica do imóvel rural, autorizado o desforço policial em caso de resistência à ordem judicial. Ressalta-se que, na decisão, não há qualquer menção sobre a função social da propriedade. O juiz determinou ainda, a expedição de ofícios para as diversas autoridades e órgãos: Secretário de Segurança Pública do Estado de Goiás, Comandante da PM, PRE, PRF, Delegado de Polícia do município de Corumbá de Goiás, MP, Conselho Tutelar de Corumbá de Goiás, Secretaria Municipal da Assistência Social, Secretaria Nacional de Direitos Humanos em Brasília, INCRA e IBAMA.

Importante mencionar que, o juiz em decisão liminar, determinou que fosse oficiado aos Comandantes da Polícia Militar, Polícia Rodoviária Estadual e Polícia Rodoviária Federal, para impedirem o acesso de veículos, mantimentos e pessoas na área invadida. Consta na ata de reunião de 04 de setembro do Comando de Polícia Militar e da Polícia Civil do município de Corumbá de Goiás com as famílias sem-terra, que estas manifestaram que, a proibição de entrada de alimentos no acampamento, estaria provocando acirramento dos ânimos. Os acampados criticaram que os médicos foram impedidos de entrar no acampamento. Segundo eles, a ocupação é pacífica, conforme confirma a própria polícia local, não destruíram nada na propriedade, não entraram em confronto.

Como foram frustradas as negociações da Comissão de Combate à Violência no Campo e da Comissão de Conflitos Fundiários na resolução do conflito agrário, como relatado no subitem 3.1.5, foi marcada operação policial para cumprimento de decisão liminar.

Diante do grave e eminente risco de conflito social, os advogados do MST (agravante) interpuseram para o Tribunal de Justiça agravo de instrumento com pedido liminar⁵⁶ nº 433779-64.2014 contra a decisão monocrática.

Destacando as questões cruciais fundamentadas no recurso interposto pelo agravante, está a crítica sobre a situação de 3.500 famílias, com aproximadamente 230 crianças e adolescentes, todos acampados, e que o cumprimento da decisão com apoio policial causará um dano irreparável a estas pessoas. O que requer uma maior sensibilidade, ponderação no julgamento do recurso, para suspender a decisão liminar na busca de uma solução pacífica do litígio, sob pena de um conflito social sem precedentes.

Outra questão importante foi a discussão sobre o artigo 927 do CPC e a função social da propriedade. Segundo o agravante, tratando-se conflito agrário, impõe-se uma análise a partir do direito agrário e não do direito civil. A Constituição Federal reconheceu que a propriedade deve cumprir uma função social, assim sendo, é necessário que seja demonstrado o cumprimento da função social para deferimento

⁵⁶ O Agravo de Instrumento está previsto no artigo 522 do CPC. Trata-se de um recurso interposto com pedido de liminar contra decisão interlocutória diante de lesão grave e de difícil reparação que possa causar à parte. É dirigido ao Tribunal de Justiça, e o relator poderá dar efeito suspensivo à decisão agravada de primeiro grau até o pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma (BRASIL, 2014l).

de liminar de reintegração de posse, pois é requisito constitucional para a proteção possessória, o que não aconteceu no presente caso.

Em 21 de novembro, o relator proferiu a decisão suspendendo os efeitos da liminar deferida pelo juízo de primeiro grau, até o pronunciamento definitivo da 4ª Câmara Cível. Segundo o relator, juiz de direito substituto de segundo grau, a invasão, objeto da lide, é fato notório que não precisa de comprovação pois circulam na mídia local e nacional, informes diários sobre a situação de milhares de acampados.

Relatou que recebeu inúmeras visitas de autoridades constituídas dos variados níveis, até da igreja como ressaltou, que recebeu a visita do Ouvidor Agrário Nacional e presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo Gercino José da Silva Filho, que manifestou grande preocupação com possível massacre quando, do cumprimento da liminar de reintegração de posse, lembrando o caso do Eldorado dos Carajás. Recebeu também, o Superintendente Regional do INCRA em Goiás Jorge Tadeu Jabotá Correia, que demonstrou a preocupação do órgão em resolver a questão de forma pacífica.

Diante disso, sensibilizado com a questão, o relator afirmou que o Poder Judiciário não pode distanciar das desigualdades sociais, sob o manto da lei, prolatar decisões, que possam produzir efeitos sociais catastróficos.

O relator decidiu por conceder efeito suspensivo pleiteado pela parte agravante, até posterior pronunciamento final da Câmara Cível; e ressaltou que, durante este período, os envolvidos, juntamente com as autoridades públicas devem buscar uma solução pacífica para a questão.

3.2 Resultado e Discussão

A participação da Comissão de Combate à Violência no Campo juntamente com a Comissão de Conflitos Fundiários foi fundamental no caso concreto, seja pelas reuniões, ofícios expedidos, conversas pessoais junto ao Poder Judiciário.

A atuação das duas comissões em reuniões com autoridades, representantes da sociedade civil organizada, representantes dos direitos humanos, com as partes envolvidas promoveram a mediação do conflito evitando até o momento. E merecem o reconhecimento, porque, de certa forma, foram também responsáveis por evitar

graves violações de direitos humanos no Estado de Goiás, caso fosse cumprida a ordem judicial.

A atuação do MP foi inexpressiva, pois cuidou tão somente de manifestar concordância à decisão de reintegração de posse, sem reconhecer a complexidade social, política e jurídica que o processo requer. Diferentemente do delineado na Constituição, o MP não se mostrou comprometido com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos direitos humanos.

Se a democracia passa necessariamente pela transformação da estrutura fundiária do país, do acesso à terra aos trabalhadores rurais, com a implementação da reforma agrária, a sua intervenção obrigatória no processo, não poderia ficar restrita à observância do cumprimento da lei (qualidade de fiscal), uma postura que tende apenas colaborar com a manutenção da estrutura agrária brasileira e gestão dos conflitos pela terra.

Com relação ao Comitê de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, este mostrou-se indiferente ao litígio coletivo agrário. A sua não participação no monitoramento e articulação de ações na solução do conflito está destoada das próprias diretrizes de seu órgão máximo, o CNJ, cuja recomendação é de mediação e conciliação do conflito, o que sugere na verdade, tratar-se de uma posição política (ideológica).

Examinando a decisão liminar, ficou clara a apatia – que denota uma posição política – do Poder Judiciário em não discutir a função social da propriedade ou da posse como requisito essencial para a concessão de liminar de reintegração de posse, que como visto anteriormente, a função social está presente nos dois institutos.

A decisão do juízo de primeiro grau fundou-se no trato de conflitos individuais, sem reconhecer que está evidenciada a natureza de conflito agrário de caráter coletivo, cujo envolvimento de mais de 3.500 famílias, chega a um total de quase 10 mil pessoas, segundo informações nos autos. Não houve o tratamento da questão sob a ótica do direito agrário, que tem como princípio básico da sua construção dogmática a função social que é norma cogente da Constituição Federal. O juiz sequer designou audiência de justificação, deferiu a liminar sem considerar a proporção do conflito instalado e os prováveis efeitos sociais graves e irreparáveis de sua decisão.

Analisando a postura do Tribunal de Justiça ao julgar o recurso de agravo de instrumento, determinando a suspensão da decisão liminar de reintegração de posse,

pode-se dizer que, tratou o caso com prudência e bom senso, haja vista que as 3.500 famílias manifestaram que iriam resistir à ordem judicial de desocupação da fazenda Santa Mônica, o que poderia ocasionar um verdadeiro massacre como bem lembrou, o Ouvidor Agrário Nacional sobre o caso do Eldorado dos Carajás.

É notório que o cumprimento de mandados judiciais de reintegração de posse coletiva é marcado por violência policial, quando esta intervém. Em determinadas situações, a polícia despreparada apoia-se de formas violentas, uso abusivo da força para retirada dos ocupantes, longe de qualquer respeito aos direitos humanos e que culminam no aumento de conflitos no campo e em pronunciados massacres (BARREIRA, 1999; MESQUITA 2002), a exemplos dos ocorridos nos municípios Eldorado dos Carajás (Pará/1996) e Corumbiara (Rondônia/1995).

De um modo geral, o discurso jurídico (notoriamente vai configurando-se como uma prática) do Poder Judiciário continua marcado pela visão conservadora do direito, sem desvencilhar da concepção individualista do direito de propriedade. As expressões: “invasão”, “esbulho”, “esbulhadores”, “invasores” apareceram nas decisões de primeiro e segundo grau.

O ato de “invadir” é tomar com força “alguma coisa de alguém”, já ocupar é “preencher um vazio – no caso, terras que não cumprem sua função social” (SILVA, J. G., 1996, p. 116). Quando o MST ocupa significa que ele não reconhece o direito de propriedade, sendo ilegítimo o direito do proprietário em razão do descumprimento da função social (ANDRADE, 2008).

Tárrega et al (2013, p. 16) entendem que o ato de ocupar é uma estratégia de ação, que a “ação dos movimentos sociais de ocupar terras, passou a exercer o papel de pressão sobre o estado, para a garantia de um estoque mínimo de terras para a reforma agrária”. É uma forma de cobrar do Estado o cumprimento da política de reforma agrária e de denunciar propriedades descumpridoras da função social, que deste modo, encontram-se em situação de ilegalidade.

Dessa forma, reconhece-se que a ação de ocupação é legítima, pois a sua legitimidade está na luta pela Reforma Agrária, justa distribuição da terra, nos objetivos fundamentais da República Brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Como foi discorrido, a forma dos movimentos sociais de pressionar o governo para programar a reforma agrária e ganhar a atenção da sociedade, é a adoção de estratégia de ocupação. De acordo com Graf (2005) a reforma agrária é uma necessidade econômica e social, visto que as propriedades ociosas agricultáveis poderiam ser distribuídas àqueles que têm “vocação agrícola” (p. 93), garantindo o acesso   terra.

A reforma agrária tem como causa básica a pobreza rural, que acarreta a pobreza urbana e seu objetivo   a “elimina o da miséria e dos efeitos negativos que ela provoca na estrutura econômica, social e política do país” (SAMPAIO, 1988, p. 09).

Segundo Borges (1987, p. 139), “a terra existe para ser utilizada, para dela se tirar o sustento do homem. Não se admite mais que seja mantida improdutiva a terra fértil. Tal seria um crime de lesa-humanidade”. A terra que não desempenha sua fun o social, não pode e não merece prote o possessória.   “incongruente com a norma constitucional e a *menos legis* deferir a prote o possessória ao titular de domínio, que não cumpre integralmente sua fun o social” (FACHINI, 2000, p. 285).

Assim, esse desenvolvimento do MST de ocupa o “está interligado   sua capacidade de se engajar em uma forma particular de conflito social”,   considerado *ativismo público*. A sua luta   “organizada, politizada, visível, aut noma, per dica e não violenta de conflito social”. As a o es ativistas buscam atrair a aten o pública, influenciar as políticas estatais e modificar os valores da sociedade (CARTER, 2010, p. 203).

Portanto, considerar a a o dos movimentos sociais como esbulhat ria corrobora com “o processo de criminaliza o do ativismo público ou das posturas sociais de cobrança de direitos pelo estado” (TÁRREGA et al, 2013, p. 17).

O Poder Judiciário, quando decide a partir da norma procedimental (Código de Processo Civil) e sua norma material (Código Civil), ignorando o preceituado pela Constitui o Federal, colabora para a eterniza o dos conflitos no campo. Uma postura distante das mazelas sociais e que sepulta a própria Carta Política ao não dar efetividade e submetê-la ao garrote da norma processual.

  importante esclarecer que o Direito encontra-se em constante evolu o, seja em “obediência às modifica o es sociais, quer em consonância com a sua própria dinâmica interna” (ARONNE, 2001). Para Cappelletti (1989, p.86), o juiz tem

responsabilidade sociopolítica, e precisa ser “mais aberto”, “social” e “politicamente mais responsabilizado”. É claro que o Executivo tem a sua responsabilidade em não promover a reforma agrária mas, o Judiciário não pode ficar inerte às tensões no campo.

A Constituição imputa obrigações. Cobra-se do juiz fidelidade à Constituição e complementarmente às leis, o que não impede de se observar pouca efetividade enquanto “eficácia social” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 202). Espera-se dele, o enfrentamento do caso concreto sob a perspectiva da função social da propriedade, como meio de garantia da tutela jurídica, pensar o CPC à luz da CF porque ela é uma “ordem jurídica fundamental de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 1.435); um “conjunto de regras jurídicas (normas e princípios)” (CANOTILHO, 2003, p. 1.131) codificadas num documento, cujas regras possuem valor superior, é dotada de força normativa⁵⁷, força ativa, que influi numa dada realidade histórica, pelo seu elemento normativo, “ordena e conforma” a realidade sociopolítica do país (HESSE, 1991, p. 24).

A força normativa da Constituição “depende da satisfação de determinados pressupostos atinentes à *práxis* e ao conteúdo da Constituição” (HESSE, 1991, p.28). E esse conteúdo, segundo Canotilho (2003), deve ser formado por um corpo de regras jurídicas vinculadas ao “corpo político” e estabelecidos os limites jurídicos ao poder e formado por:

princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controlo (*sic*) político e/ou judicial do poder (p.1.130).

O CPC deve passar por uma contaminação constitucional (STRECK, 2014, p. 348), visto que, a Constituição é “*topos hermenêutico*” (STRECK, 2014, p.345) que conforma a interpretação do restante do sistema jurídico, tem “posição hierárquico-normativa superior, em relação às demais normas do ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2003, p. 1.147). Não condicionar o CPC a uma “filtragem

⁵⁷A força normativa da Constituição é uma questão de vontade normativa, vontade de Constituição (HESSE, 1991).

hermenêutico-constitucional” (STRECK, 2014, p.382) é tornar a Constituição ineficaz, como preceituado por Chacon (2013), a Lei Maior deve ser considerada explícita ou implicitamente em toda a prática que realizar o exegeta, de modo que, seus dispositivos tenham força normativa.

A constitucionalização do CPC é pensada sob a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, em uma interpretação pluralista e procedimental da constituição como ele sustenta, novas formas democráticas de participação social, um círculo aberto de intérpretes, em que todos tomam parte do processo interpretativo constitucional, pois o monopólio do Poder Judiciário sem a participação ativa não há como concretizar a Constituição (HÄBERLE, 2002).

Uma sociedade pluralista e aberta é a interpretação da constituição por meio de um “processo aberto de argumentação entre os participantes (pluralismo de intérpretes), através da qual, se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto” (CANOTILHO, 2003, p.1.211). Os autores Coelho (2011) e Bastos (2014), servindo-se da ideia de Peter Häberle, preceituam que, interpretar um ato normativo é colocá-lo no tempo e integrá-lo com a realidade.

O CPC deve ser compreendido como um sistema aberto, como um sistema incompleto que pode sofrer modificações, segundo os valores fundamentais da ordem jurídica democrática e não como um sistema fechado, que não admite mudanças conforme à realidade social. A sociedade aberta dos intérpretes reforça a necessidade do papel dos intérpretes informais no processo de concretização da Constituição (SOUZA, 2011), de realização prática de seus valores, porque são eles que vivenciam a norma.

A Constituição e a realidade não podem ficar separadas e a concretização da primeira depende da incorporação da segunda. “Quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do gérmen da força vital, resultando incapaz de conseguir realizar o que nela está disposto” (ZANETTI, 2010, p.92). Ademais, o direito deve ser agente de transformações sociais e não constituir-se em obstáculo às demandas sociais, pois como Streck (2014) discorre, a história do direito é de omissão na proteção dos direitos dos cidadãos.

Assim, no caso concreto, requer do juiz, intérprete oficial, uma pré-compreensão da norma constitucional e da norma infraconstitucional pelos envolvidos direta ou indiretamente, por todos aqueles que vivem a Constituição, destinatários da norma. Interpretar a função social da propriedade, entendida como o exercício da posse e um dos requisitos para o deferimento da liminar de reintegração de posse, é um modo perfeitamente possível pela CF/88.

Desta forma, neste processo interpretativo em que integra a realidade, alia-se teoria e prática social e atende-se as reivindicações sociais do acesso à terra, do fim dos conflitos pela posse e propriedade da terra, da propriedade funcionalizada e não antissocial (especulativa); mas que seja utilizada com aproveitamento adequado e racional, com adequada utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, com observação das disposições que regulam as relações de trabalho e o favorecimento do bem estar dos que nela trabalham; que promovam o desenvolvimento econômico e o bem estar coletivo, pois que imprescindível para a concreção⁵⁸ da Constituição. Isto é, para alcance dos objetivos fundamentais constitucionais traçados no artigo 3º da CF/88: construção de uma sociedade livre justa e solidária, erradicação da pobreza e a marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁸“A Constituição necessita realizar-se, ou seja, incidir no mundo real, ter efeitos práticos. A Concretização nada mais é que a passagem do universo normativo-constitucional para o universo prático” (BASTOS, 2014).

CONCLUSÃO

Percebe-se que o Poder Judiciário não exige o cumprimento da função social da propriedade da terra para concessão da liminar de reintegração de posse e que esta postura (política) não coaduna com o preceituado pela Constituição Federal de 1988. Reitera-se ainda, nesse sentido, há prevalência da eficácia técnica (as normas constitucionais estão bem estabelecidas), mas há pouca efetividade social (flexibilidade quanto às necessidades de uma parcela de excluídos do acesso à terra).

A interpretação dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil para proteção possessória sem observar a função social da propriedade está na contramão de uma sociedade aberta, porque não leva em consideração a realidade de seu povo historicamente marginalizado, excluído do acesso à terra, uma realidade social de desigualdade provocada pela alta concentração de terra por um pequeno contingente de pessoas.

Essa realidade é incorporada pela Constituição, sendo um dos seus objetivos fundamentais romper com a situação de pobreza e desigualdade. Assim, o juiz tem a responsabilidade de interpretar o Código de Processo Civil à luz da Constituição, visto que ela é o *topos* hermenêutico que conforma a interpretação do restante do sistema jurídico como bem colocado por Lenio Streck. O magistrado, distante das demandas sociais, sem promover justiça social, sepulta a Carta Política ao submetê-la ao garrote da norma processual e contribui para a gestão dos conflitos no campo, porque a simples aplicação da lei potencializa conflitos violentos.

Detecta-se pouca sensibilidade por parte do juiz em pensar o Código de Processo Civil na perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes, de forma a permitir uma maior participação ativa dos sujeitos que vivem as normas; e pouco esforço para aproximar a norma à realidade social em maior concretude. Ou seja, constata-se uma carência de efetividade social. Isto constitui-se em postura política da magistratura, de maneira geral.

Ainda que se trate de uma decisão de antecipação de tutela, ela tem o efeito de ser satisfativa, mesmo possível, não é razoável, diante dos conflitos agrários coletivos, que os magistrados decidam sem ouvir o outro lado, sem pensar que sua decisão nega também o direito de 10 mil pessoas ocupantes.

A interpretação se dá em concreto, cobra-se do magistrado atentar-se para o fato de interpretar a lei sopesando os pré-intérpretes, por todos os personagens sociais envolvidos, todas as potências públicas, as forças sociais. E esmera atenção à função social, um clamor público e social, considerada como requisito implícito do artigo 927 do CPC.

À guisa de conclusão desta dissertação, pode-se afirmar que o direito tem o objetivo de solucionar os conflitos e não logra êxito (carece de efetividade social) quando não acompanha a evolução da própria sociedade. E por isso, cabe ao magistrado o papel de acompanhar as mudanças sociais e interpretar as leis vigentes com base nos preceitos constitucionais, de modo a atender aos anseios sociais, dirimir os conflitos e promover o aprimoramento das instituições constitutivas em sua integralidade.

Portanto, ainda resta a superar a visão privatista da propriedade da terra; assimilar a exigência de comprovação da função social da propriedade como permissivo para proteção possessória e importante instrumento que responde as demandas de ocupações no campo; recepcionar os mecanismos de pressão política que os trabalhadores sem-terra adotam para pressionar o Estado a realizar a reforma agrária, enquanto crença no direito à ocupação em propriedades que entendem descumpridoras da função social.

A persistência ou insistência do Poder Judiciário em interpretar as estruturas normativas constitutivas sem levar em conta a participação social, principalmente dos envolvidos, propriamente, aqueles sujeitos que sofrem os impactos e ficam à mercê das decisões judiciais, se não é um fator gerador é, certamente, um fator que acentua crises sociais.

REFERÊNCIAS

ABIB, Paulo Abiguenem. **A função social da propriedade imóvel sob a égide da Constituição Federal e sua efetividade no processo**. 2005. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, 2005.

ADIERS, Moacir. A posse e a tutela possessória. **Revista Jurídica**, v. 51, n. 306, p.19-52, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. 2ª ed. 1º tomo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ANDRADE, Tânia. Experiência concreta de mediação de conflitos agrários: Pontal do Paranapanema. *In*: BUAINAIN, Antônio Márcio et al (coord.). **Luta pela terra, reforma agrária e gestão de conflitos no brasil**. São Paulo: UNICAMP, 2008.

AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. I, II, v. 4, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2010.

_____. **Suma teológica**. II, II, v 6, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2012.

ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. **A envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada**. 2012, 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2012.

ARAÚJO, Telga de. A propriedade e sua função social. Direito agrário brasileiro. *In*: LARANJEIRA, Raymundo (coordenador). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

ARISTÓTELES. **Política**. Edição Bilingue. Lisboa: VEGA, 1998.

_____. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Col. Os pensadores).

ARNALDO, Rizzardo. **O uso da terra no direito agrário**. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARREIRA, César. Crônica de um massacre anunciado: Eldorado dos Carajás. **Revista São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: v.13, n.4, p. 136-143, 1999.

BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A função social da propriedade rural como vetora da promoção da dignidade do trabalho humano no campo**, 2008, 121f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília. São Paulo, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu; REZEK, Gustavo Elias Kallás. O código civil e o direito agrário. **Rivista di Diritto Agrario**, v. 2, p. 259-293, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de direito privado**, n. 7, p. 83, 2001.

BERGSON, Henri. **As duas fontes da moral e religião**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BERTAN, José Neure. **Propriedade privada e função social**. 1ª ed., 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 2ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.

BOLONHINI JUNIOR, Roberto. **Uma nova visão fático-social da posse**, 2013, 276f. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos do direito agrário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Institutos básicos do direito agrário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOURETZ, Pierre. La force du droit. Paris: Esprit, 1991 *apud* CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 31 de out. 2014l.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140327000390000.PDF#page=91>>. Acesso em: 31 de out. 2014k.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 de set. 2014i.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 de jul 2014b.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014c.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014f.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014g.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014d.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014e.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2014a.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.033, de 05 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5033.htm>. Acesso em: 10 de nov. 2014m.

BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm>. Acesso em: 25 de jul. 2014h.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 31 de out. 2014j.

BUAINAIN, Antônio Márcio. **Reforma agrária por conflitos: A Gestão dos Conflitos de Terras no Brasil**. In: BUAINAIN, Antônio Márcio (coord). Luta pela terra, reforma agrária e gestão de conflitos no Brasil. Campinas: UNICAMP, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20ª ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. Hermenêutica constitucional contemporânea: a aplicação dos direitos e garantias fundamentais para a abertura da constituição. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 3, p. 164-186, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARAPUMALA, Emmanuel. A proteção possessória em face da determinação constitucional de função social da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba**, v. 5, n. 5, p. 40-52, 2001.

CARTER, Miguel. Origem e consolidação do MST no Rio Grande do Sul. In: **Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil**. São Paulo: UNESP, 2010.

CASTRO, Áurea Lúcia Chaves. **A transformação do direito de propriedade e da posse no século XXI: a importância do princípio constitucional da função social e o desenvolvimento da posse "maxiqualificada"**. 2011, 153f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

CASTRO, Joana Darque Couto de; JÚLIO, Ana Célia de; CABRAL, Francisco Leite. Da reintegração de posse na propriedade rural. **Judicare**, v. 2, n. 2, 2012.

CHACON, Eduarda. Da hermenêutica jurídica na obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior à interpretação conforme a Constituição. **Revista dos Tribunais, Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 83, p. 119, 2013.

CHEMERIS, Ivan Ramon. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 491/2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/portarias/2009/port_gp_491_2009.pdf>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 63, p. 71-79, 1986.

_____. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 92-99, 1997.

COSTA, Wander Henrique de Almeida; CLARK, Giovani. A propriedade privada dos bens de produção e a regulação. **Revista de Direito Público**, v. 6, n. 3, p. 102-119, 2011.

CPT Nacional. Comissão Pastoral da Terra. **Conflitos no campo – Brasil 2013**. coord. Antônio Canuto, Cássia Regina da Silva e Luz Flávio Lazzarin. Goiânia: CPT Nacional, 2013.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Função social na tutela possessória em conflitos fundiários. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, p. 465-488, 2013.

DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983 *apud* CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DE MIRANDA, ALCIR GURSEN. Direito agrário e o posseiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 12, n. 1-2, p. 113-123, 1988.

DE MORAIS, Danusa Espíndola. **Fundamentos para o exercício da cidadania em uma jurisdição constitucional aberta brasileira**: uma análise da cidadania sob a ótica da teoria da constituição como ciência cultural e a hermenêutica constitucional de Peter Häberle, 2010, 138f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, 2010.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**, v. 1, n. 27, p. 58-68, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista dos Tribunais, Revista de Processo**, v. 161, p. 9, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 5ª ed. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito das Coisas**. 24ª ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 21ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DJE. Diário da Justiça Eletrônico. Ano II, ed. nº 432, seção I, 2009. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/docs/servicos/diariodajustica/2009/out/DJE_432_I_01102009.pdf>. Acesso em: 27 de nov. 2014.

DOS SANTOS, Fábio Alves. **Direito agrário, política fundiária no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DRESCH, Renato Luís. Aspectos jurídicos das liminares possessórias em Ações coletivas sobre a posse de terras rurais. **Revista de Direito Agrário: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária**, ano 19, n. 18, p. 141-161, 2006.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

_____. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

FACHINI, Luis Edson. A Justiça dos Conflitos no Brasil. *In*: STROZAKE. Juvelino José. **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. A função social da propriedade. **Revista de direito público**, v. 55, n. 56, p. 308-320, 1980.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direitos Reais**. 8ª ed., v. 5. Salvador: Podivm, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, José Adegmar; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FRANCO, Rangel Donizete. A função social da terra e as ações possessórias. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 37, n. 2, p. 142-163, 2013.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOIÁS. Decreto nº 5.642/2002. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_decretos.php?id=1389> . Acesso em: 27 de nov. 2014.

GOMES, Orlando. Atual. Luiz Edson Fachin. **Direitos reais**. 21ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das coisas**. 5ª ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAF, Amauri Milton. **A resolução dos conflitos agrários sob a ótica da função social e dos movimentos sociais organizados**. 2005, 97f. Monografia (Especialização em Direito Privado Contemporâneo) – Campus Universitário de Mafra, Universidade do Contestado, Mafra.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n. 7, 2005.

GUIMARÃES, Alberto Passos. **Quatro séculos de latifúndio**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1977.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito natural: visão metafísica e antropológica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUTERRES, José Augusto; CROSETTI, Priscila Soares. A propriedade da terra e a questão agrária brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 43, p. 1-17, 2005.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Mendes. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. 1 ed., 2ª reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Introdução ao direito**: abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Thex, 2006.

HESSE, KONRAD. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pílares, 2005.

JESUS, Carlos Frederico Ramos. Ocupações de terras rurais e o conceito de propriedade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 53, p. 181, 2005.

JOÃO PAULO VI. **Carta encíclica popularum progressio**. 1967. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_pvi_enc_26031_967_populorum_po.html>. Acesso em: 20 de mai. 2014.

JOÃO XXIII. **Encíclica mater et magister, sobre a questão social à luz da doutrina cristã**. 1961. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_jxxiii_enc_15_051961_mater_po.html> . Acesso em: 20 de mai. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. rev. São Paulo: RT, 2011.

KILDARE, Gonçalves Carvalho. **Direito constitucional**. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Trad. do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1988.

LEÃO XIII. **Carta encíclica rerum novarum, sobre a condição dos operários**. 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051_891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 20 de mai. 2014.

LEMOS, Aline Maria da Rocha. Tutela antecipatória nas lides possessórias: necessidade de resguardo da função social. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 146, 2012.

LEONETTI, Carlos Araújo. **Função social da propriedade**: mito ou realidade? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 17-26, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

MAGANE, Renata Possi. O método concretista da Constituição Aberta. **Revista Faculdade Direito de Minas**, v. 25, n. 2, p. 109-130, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARIN. Solange Regina. Intervenção social e desenvolvimento humano em Karl Popper. *In*: OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org.). **Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper**. Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. CIDADANIA AGRÁRIA. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 31, n. 1, p. 13-31, 2010.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos reais agrários & função social**. 2ª ed., rev., atual. e ampl., 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

MDA. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/Manual_Dir_N_ac.pdf>. Acesso em: 27 de nov. 2014a.

_____. Disponível em: <http://sistemas.mda.gov.br/arquivos/Portaria_Interministerial_N_1.053.pdf>. Acesso em: 27 de nov. 2014b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed., 2ª tiragem, rev. atual., São Paulo, Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Helena Angélica. **Corumbiara**: o massacre dos camponeses. Rondônia/Brasil 1995. *Revista Scripta Nova*. Barcelona, v. VI, n. 119 (41), 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. A posse e a função social da propriedade agrária. **Pensar**, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 111-120, 2004.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. Posses no Oitocentos e a construção do mito do Invasor no Brasil (1822-1850). *In*: MOTTA, Márcia Maria Menendes; ZARTH, Paulo (orgs). **Formas de resistência camponesa**: visibilidade e diversidade de conflitos ao longo da história. Concepções de justiça e resistência nos Brasis. v. I. São Paulo: UNESP, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASCIMENTO, Tupinamba Miguel Castro. **Posse e propriedade**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org.). **Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper**. Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. **Princípios de direito agrário na constituição vigente**. 1ª ed., 5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno**. Londrina: UEL, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. 20ª ed. v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERES NETO, Heitor de Azevedo Picanço. **A função social da propriedade rural na visão do Supremo Tribunal Federal**, 2010, 106f. Dissertação (MESTRADO EM DIREITO AMBIENTAL E POLÍTICAS PÚBLICAS). Universidade Federal do Amapá, MACAPÁ, 2010.

PEROZZI, Silvio. *Instituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1906 *apud* BOLONHINI JUNIOR, Roberto. **Uma nova visão fático-social da posse**, 2013, 276f. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma. **Revista Seqüência**, n. 50, p. 49-69, 2005.

_____. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIO XI. **Quadragesimo Anno**. 1931. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html> . Acesso em: 28 de mai. 2014.

PIO XII. **Carta encíclica Sertum Laetitiae, hierarquia eclesiástica**. 1939. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_pxii_enc_01111939_sertum-laetitiae_po.html>. Acesso em: 20 de mai. 2014.

POPPER, KARL R. **A sociedade aberta e seus inimigos: o fascínio de Platão**. Trad. Milton Amado. v. 1, Belo Horizonte: USP, 1973.

PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é a propriedade?** 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1975.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: limites e possibilidades de aplicação à realidade constitucional brasileira. **Seqüência**, n. 60, p. 257-274, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999a. (Col. Os pensadores).

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999b. (Col. Os pensadores).

SAMPAIO, Plínio de Arruda. A Reforma Agrária. **Revista ABRA**, ano 18. n. 2, 1988.

SANHUDO, João Paulo Veiga. **Repersonalização da posse no direito brasileiro**. Sapucaia do Sul: NotaDez, 2011.

SANTOS, Marcus Tullius Leite Fernandes dos. O constitucionalismo econômico: estudo sobre o princípio da propriedade privada e o da função social da propriedade. **Revista Direito e Liberdade**, v. 4, n. 3, p. 321-344, 2006.

SANTOS, Ozéias J. **Da Posse: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. 1ª ed. v. I. São Paulo: Serrano, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCIORILLI, Marcelo. **Direito de propriedade**: evolução, aspectos gerais, restrições, proteção, função social, e, política agrária: conformação, instrumentos, limites. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

SILVA, Jônathas. **O direito e a questão agrária na constituição brasileira**. Goiânia: UCG, 1996.

SILVA, Jorge Gomes da. **A reforma agrária brasileira na virada do milênio**. Campinas: ABRA, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Lígia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da Lei de 1850. 2ª ed. Campinas: UNICAMP, 2008.

SILVA, Maria Aparecida de Moraes. **A luta pela terra**: experiência e memória. São Paulo: UNESP, 2004.

SMITH, Roberto. **Propriedade da Terra e Transição**: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990.

SOUZA, Renata Martins de. **Teoria metódica na concreção dos direitos sociais no sistema jurídico brasileiro**, 2011, 127f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais e seus métodos de interpretação (da tópica jurídica de Theodor Viehweg ao método concretizador de Peter Häberle). **Revista Direito em Debate**, v. 10, n. 15, 2013.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil. **Revista da ESMESC**, v.13, n. 19, p. 49-77, 2006.

SUVÓROVA, M. ROMÁNOV, B. **Que é propriedade?** Trad. I. Chaláguina. URSS: Progresso, 1987.

TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural**: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo. São Paulo: RT, 2000.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco et al. **Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011)**: Relatório Final de Pesquisa / Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, Cláudio Lopes Maia, Adegmar José Ferreira – Goiânia: Universidade Federal de Goiás / Faculdade de Direito, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4ª ed., rev. atual., v. único. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. *In: Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

_____. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 7, p. 101-119, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In: Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 13ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 54ª ed. v. 1, rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Curso de direito processual civil**: procedimentos especiais. 46ª ed. v. 3, rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.

_____. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença: processo cautelar e tutela de urgência. 49ª ed. v. 2, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

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

VIAL, Sandra Regina. **Propriedade da terra**: análise sociojurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIANA, Mateus Gomes. A terra como sujeito de direitos. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 34, n. 2, p. 247-276, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 13ª ed. v. 3. São Paulo: RT, 2014.

ZANETTI, José Carlos Trinca. **A concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela coletiva**, 2010, 195f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no novo código civil. **Revista de Ciências Jurídicas, Direito e Democracia**, v.5, n.1, p. 7-28, 2004.

_____. A tutela da posse na constituição e no novo código civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 5, p. 50-61, 2005.

ZIBETTI, Darcy Walmor. **Teoria tridimensional da função da terra no espaço rural**. Curitiba: Juruá, 2010.