

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO LUCIETTO NICOLETTO

FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL E LABORATIVA DA POSSE

Caxias do Sul, RS

2008

RODRIGO LUCIETTO NICOLETTO

FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL E LABORATIVA DA POSSE

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard

Caxias do Sul, RS

2008

## **AGRADECIMENTO**

O meu sincero e eterno agradecimento ao meu orientador Professor Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, por acreditar e defender a viabilidade dessa pesquisa, pela confiança em mim depositada e pelas palavras de incentivo e estímulo nos meus momentos de dúvidas e incertezas.

Ao Tiago, pela amizade honesta e sincera, pelas conversas e idéias compartilhadas, muitas delas já concretizadas e outras que, com certeza, ainda serão.

As minhas colegas de mestrado: Patrícia, Gabrielle, Tanise e Aline, pela amizade e companheirismo. Obrigado pelo incentivo constante e por permitir que eu fizesse parte de suas vidas e, assim, me tornasse uma pessoa melhor.

A todos vocês, meu muito obrigado.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais Solange Terezinha Lucietto Nicoletto e Ugo Nicoletto (*in memoriam*), pela forma como me educaram e me incentivaram pela incessante busca do conhecimento, e a minha namorada Bruna Bendin Soliman, pela paciência e pelo companheirismo despendido durante o desenvolvimento do presente trabalho. Sou abençoado por Deus por ter vocês em minha vida. O meu sincero amor e carinho neste momento tão especial.

La ecuación derecho-sociedad, el recíproco condicionamiento de las normas y las realidades sociales, el sociologismo en general y el sociologismo jurídico en particular, son hoy inevitables actitudes mentales en el tratamiento de las instituciones; y, sin embargo, la posesión no ha sido decididamente afrontada con esa preocupación.

Antonio Hernandez Gil

## RESUMO

No presente trabalho desenvolve-se um estudo acerca do instituto jurídico da posse e sua importância como instrumento de redução das desigualdades sociais presentes na sociedade contemporânea. O método utilizado é o analítico, sendo o estudo embasado em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, na doutrina e na jurisprudência. A teoria possessória é observada sob a ótica da teoria da apropriação econômica da posse proposta por Raymond Saleilles. Busca-se efetuar uma releitura do instituto jurídico da posse, de forma a explicitar a sua função social imanente, bem como demonstrar como a posse está intimamente interligada com a problemática ambiental. O presente estudo aborda, primeiramente, a questão do meio ambiente e seu marco normativo. Evidencia-se que a proteção ao meio ambiente não é somente um direito fundamental de todas as pessoas, mas também um dever fundamental, tendo em vista a importância do equilíbrio ecológico na manutenção de uma sadia qualidade de vida. Não há, portanto, como desvincular a questão ambiental da questão social, sendo que a posse é uma instituição diretamente enraizada na realidade social, uma vez que possibilita a qualquer pessoa o acesso à terra e à moradia através de seu próprio trabalho. Nesta feita, a posse também deve integrar a variável ambiental na interpretação de seus preceitos, tendo em vista a necessidade do uso sustentável da terra. Assim, a releitura do instituto da posse, contribui de forma decisiva para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana – ao garantir o acesso à moradia e ao trabalho – e para a proteção do meio ambiente – ao dirigir o uso do bem de acordo com a legislação ambiental.

**Palavras-chave:**

posse; função social; moradia; trabalho; meio ambiente

## **ABSTRACT**

In the present work, a study of the legal institute of ownership and its importance as a means of reducing the social inequalities in the modern society is developed. The method utilized is the analytic, thus the study is substantiated in constitutional and infraconstitutional dispositives, in doctrine and jurisprudence. The ownership theory is observed through the view of the theory of the economical possession of the ownership proposed by Raymond Saleilles. Aiming to achieve a new perspective on the legal institute of ownership, in order to elicit its imminent social function, as well as to show how the ownership is closely related to the environmental issues. The present study approaches, in the first place, environmental matters and its laws. It shows that the protection of the environment is not just a fundamental right to everybody but it is also a fundamental duty, focusing the importance of an ecological balance in maintaining a healthy quality of life. Therefore, there is no way to separate the environmental issues from the social issues, since the ownership is an institution directly as rooted in the social reality, it provides to everybody the access to land and to housing by his or her own work. Thus, the ownership must also be an environmental variable in the interpretation of its rules as the need of a sustainable use of land. Hence a new perspective on the ownership institute contributes firmly to the protection of human dignity – in preserving the access to housing and work – and to the protection of the environment in running the utilization of the land according to the environmental legislation.

**Key-Words:**

ownership; social function; housing; work; environment

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 MEIO AMBIENTE: DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL .....</b>	<b>15</b>
1.1 A Constituição Federal brasileira de 1988 .....	15
1.2 O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado .....	27
1.3 A dupla perspectiva do direito fundamental ao meio ambiente .....	33
1.4 A proteção ambiental como dever fundamental .....	38
<b>2 O INSTITUTO JURÍDICO DA POSSE.....</b>	<b>49</b>
2.1 O instituto da posse na concepção de autores clássicos .....	49
2.1.1 O elemento subjetivo da posse em Savigny .....	50
2.1.2 O elemento objetivo da posse em Ihering .....	53
2.1.3 A apropriação econômica da posse segundo Saleilles.....	56
2.2 A realidade fática como caracterização da posse .....	60
2.3 Função social da posse: condição de eficácia de direitos humanos fundamentais...	71
<b>3 FUNÇÃO AMBIENTAL E LABORATIVA DA POSSE .....</b>	<b>83</b>
3.1 A motivação para a ocupação de terras .....	83
3.2 A posse-moradia e a posse-trabalho como direitos fundamentais.....	94
3.3 O instituto da posse portador de uma função ambiental.....	105
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>117</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>122</b>
<b>JURISPRUDÊNCIAS .....</b>	<b>128</b>



## INTRODUÇÃO

Largamente empregado como um atributo que deve qualificar o instituto da propriedade, a expressão função social já não pode ser encarada apenas sob a ótica do domínio. Nos dias atuais, mais do que nunca, a dinâmica das relações oriundas dos direitos reais e pessoais, permite ver no instituto da posse também um instituto cumpridor de objetivos sociais.

O legislador constituinte de 1988 indicou, no artigo 1º da Constituição Federal, dentre outros, como fundamentos do estado democrático de direito: a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III). Outrossim, em seu artigo 3º, apontou como objetivos fundamentais da república brasileira: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), garantindo o desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (inciso III), com a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (inciso IV).

Percebe-se pelos fundamentos do estado democrático de direito que toda pessoa tem o direito garantido de utilizar a terra como forma de sobrevivência, como forma de realmente efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo que a apropriação individual da terra e seu uso exclusivo através da posse é fundamental não somente para atender às necessidades individuais da pessoa, mas principalmente para proporcionar vantagens para toda a coletividade. Uma vez respeitadas estas vantagens, justifica-se plenamente a importância da posse na sociedade brasileira.

É importante ressaltar que a posse, segundo uma perspectiva histórica, precede ao direito de propriedade. Podendo-se, inclusive, afirmar que o domínio foi criado justamente

com o objetivo de proteger o apossamento exclusivo das coisas e afastar a ingerência alheia. Ocorre que num determinado momento, o possuidor, muito provavelmente ao sentir sua posse ameaçada, sentiu a necessidade de resguardar o seu poder sobre a coisa mesmo quando não exercesse a posse direta.

Portanto, a posse em si mesma é de extrema importância para a sociedade, pois é através dela que a pessoa tem a possibilidade de atender necessidades vitais, como a moradia e o trabalho. Sendo que é justamente pela prática de atos materiais na coisa que aquele que tiver a possibilidade de uso, ou seja, aquele que estiver com a posse do bem, poderá atender à função social.

Com esse propósito, a teoria da apropriação econômica da posse formulada por Raymond Saleilles é o marco teórico utilizado para analisar a importância da posse como instrumento de distribuição de renda e diminuição de desigualdade social. Neste sentido é que se evidenciada a necessidade de uma releitura do instituto jurídico da posse.

Logo, as perguntas que devem ser respondidas com o presente trabalho são: oferece a teoria da apropriação econômica da posse um novo referencial teórico capaz de proporcionar uma releitura do instituto da posse? É possível através da função sócio-ambiental e laborativa da posse, garantir de uma forma eficaz, os direitos fundamentais às pessoas, tais como moradia, meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à terra para o trabalho?

Para buscar as respostas para estes questionamentos, parte-se das teorias possessórias tradicionais formuladas por Frédéric Charles de Savigny e Rudolf von Ihering para, utilizando-se da teoria da apropriação econômica proposta por Raymond Saleilles, fazer uma releitura da dogmática jurídica possessória, e assim buscar alternativas para o acesso à moradia e ao trabalho, bem como à proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, o reconhecimento do princípio da função sócio-ambiental e laborativa da posse, através da teoria da apropriação econômica da posse, permite uma visão mais ampla do seu instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos, principalmente em relação à propriedade. Dessa forma, o uso do solo urbano e rural, pela via da posse com função social, é um instrumento adequado para garantir a eficácia dos preceitos presentes na Constituição Federal brasileira, pois seu principal objetivo é assegurar o direito a

moradia, assim como a preservação do meio ambiente, condições necessárias para a preservação da vida com dignidade.

O direito de apropriação do solo, através da posse funcionalizada, é ao mesmo tempo um remédio contra a pobreza e a degradação ambiental, uma vez que a função exercida pelo possuidor consiste numa atividade exercida não somente visando o seu interesse particular, mas, principalmente, no interesse da sociedade. A função ambiental e laborativa volta-se para a manutenção do equilíbrio ecológico e para o acesso ao trabalho enquanto interesse de toda a coletividade, beneficiando a sociedade e aquele que a exerce.

É de essencial importância garantir efetividade ao instituto da função sócio-ambiental e laborativa da posse, pois seu principal efeito é o de elevar o conceito de dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal, atendendo diretamente as exigências de moradia, de aproveitamento adequado do solo, colaborando para a manutenção do equilíbrio do meio ambiente, bem como aos programas de erradicação da pobreza, tão discutidos e fundamentais para o desenvolvimento da nação.

Para alcançar o objetivo do trabalho foi adotado o método analítico, sendo o estudo embasado em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, na doutrina e na jurisprudência. Foi realizada pesquisa bibliográfica, em livros e artigos, bem como incluídas referências obtidas nos repertórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, para verificar como nos casos concretos, têm sido os posicionamentos adotados.

Assim, a dissertação foi dividida em três capítulos, nos quais se buscou esclarecer as questões propostas no estudo, e unir os conceitos de meio ambiente e posse, demonstrando a existência de uma função sócio-ambiental e laborativa do instituto da posse, capaz de preservar os recursos naturais e diminuir a desigualdade social. Eis a proposta.

No primeiro capítulo, aborda-se a questão do meio ambiente vista como direito e dever fundamental. Primeiramente, adentra-se no estudo do marco normativo da proteção do meio ambiente no cenário jurídico brasileiro, qual seja, a promulgação da Constituição Federal de 1988. Aqui evidencia-se a importância da mesma ao incorporar em seu corpo normativo um capítulo próprio para a tutela do meio ambiente. Ainda, verifica-se que a

“constitucionalização” do meio ambiente é extremamente importante para a sociedade, na medida em que estabelece a necessidade da proteção do meio ambiente para garantir uma sadia qualidade de vida.

Nesta linha de idéias, passa-se ao segundo tópico, que trata do estudo acerca do direito fundamental ao meio ambiente. Procura-se demonstrar que a proteção ambiental está diretamente ligada à garantia dos direitos sociais. Assim, em decorrência da importância do meio ambiente para a vida humana, o direito ao meio ambiente acaba por ser reconhecido como um direito fundamental. Dá-se ênfase neste tópico, ao fato de que a proteção do meio ambiente visa tutelar a qualidade de vida. Ainda no segundo tópico, aborda-se a questão da perspectiva defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente. Através das referidas perspectivas, busca-se diferenciar as possíveis formas de atuação em relação à proteção do meio ambiente.

O último tema abordado no primeiro capítulo é o dever fundamental de proteção ambiental. Aqui evidencia-se que a proteção ao meio ambiente, estabelecida na Constituição Federal de 1988, não é somente um direito fundamental de todas as pessoas, mas também um dever fundamental que impõe ao Estado e às pessoas um vasto rol de encargos. Destarte, busca-se demonstrar que as pessoas devem agir não somente de acordo com interesses particulares, mas também, devem observar os interesses da coletividade. Nesse sentido, destaca-se que as pessoas têm o dever jurídico de respeitar os valores constitucionais, entre os quais, encontra-se o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

No segundo capítulo adentra-se no estudo do instituto jurídico da posse. Isso se faz em três pontos distintos. Em um primeiro momento, realiza-se um estudo das concepções de autores clássicos acerca do instituto da posse. De forma específica analisa-se: a teoria subjetiva de Savigny, para quem a posse é um fato, com repercussões jurídicas; a teoria objetiva de Ihering, segundo a qual a posse é a exteriorização do direito de propriedade; e a teoria da apropriação econômica formulada por Salleilles, que considera a posse um fenômeno de apropriação econômica, possibilitando, assim, uma separação entre os institutos da posse e da propriedade.

Nesta linha de pensamento, buscou-se demonstrar como as teorias de autores clássicos influenciaram na evolução do conceito atual do instituto jurídico da posse, possibilitando, dessa forma, uma releitura do direito possessório de forma a conjugá-lo com o direito ambiental.

O segundo tópico do capítulo é reservado para tratar a questão da realidade fática vivenciada por milhares de possuidores, tendo em vista a importância desta realidade para a caracterização da posse. Objetiva-se demonstrar que a posse é uma instituição diretamente enraizada na realidade social, estando intimamente ligada com o cotidiano vivenciado por um grande número de pessoas que não possuem uma área de terra para morar e para produzir os alimentos necessários à sua subsistência e de seus familiares. Destaca-se que a posse é um fenômeno real e visível e que, portanto, o possuidor deve ser respeitado ao utilizar um determinado bem não somente em proveito próprio, mas em proveito da coletividade como um todo.

Outro tema abordado no segundo capítulo, especificamente no terceiro tópico, refere-se ao fato da função social da posse ser uma condição de eficácia de direitos humanos fundamentais. Busca-se demonstrar uma mudança na concepção clássica do direito, principalmente na visão individualista, absoluta e perpétua do instituto da propriedade, que cede lugar um novo modelo de instituto jurídico cujos valores e princípios norteadores são a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

Essa nova concepção da dogmática jurídica acaba por propiciar uma mudança na aplicação do Direito que passa a ter a incumbência de analisar a questão social, e não simplesmente a aplicação pura e simplesmente da norma, da lei. Nesse sentido, o instituto da posse por garantir a toda pessoa o acesso à terra e à moradia, deve ser visto como um instrumento efetivo de redução da desigualdade social, garantindo, assim, a eficácia dos direitos humanos fundamentais.

Por fim, o terceiro capítulo, aborda a questão da função ambiental e laborativa do instituto jurídico da posse, demonstrando a estreita ligação existente entre o exercício da posse e a problemática ambiental. Desta forma, primeiramente, aborda-se a questão da motivação para ocupação de terras. Procurou-se expor a conduta perniciosa adotada por alguns proprietários que não dão uma destinação social a sua propriedade, utilizando-se da

ociosidade especulativa com um único objetivo: valorizar o imóvel, no sentido puramente econômico.

Tal prática acaba por valorizar de forma excessiva o preço da terra, retirando o direito de milhares de pessoas que não detém condições financeiras de adquirir um imóvel para produzir e comer ou construir para morar com o mínimo de dignidade. Busca-se demonstrar que a terra não pode ser tratada como um mero acúmulo de capital, uma vez que toda pessoa tem o direito garantido pela Constituição Federal de utilizar a terra como meio de sobrevivência.

Em um segundo momento, passa-se ao estudo da posse-moradia e posse-trabalho como direitos fundamentais. Destaca-se o fato da posse representar um querer pela necessidade da pessoa em ter um lugar para morar e para trabalhar, retirando os frutos para o seu sustento e de seus familiares, assegurando a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, deve-se reconhecer que a posse qualificada é um instrumento de satisfação das necessidades pessoais, na medida em que possibilita o acesso à moradia e ao trabalho.

Assim, passa-se ao terceiro e último tópico, que sintetiza a mudança de interpretação acerca do instituto jurídico da posse proposta ao longo da dissertação: o reconhecimento da função ambiental da posse. Aqui, busca-se evidenciar que a posse também deve incorporar a variável ambiental na interpretação de seus preceitos, tendo em vista que a questão ambiental não está e nunca esteve dissociada da questão social. A função ambiental manifesta-se justamente pela busca do uso sustentável da terra. Ou seja, o possuidor deve pautar suas ações de forma a garantir a manutenção e a preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações.

Esta é a proposta de estudo desta dissertação: efetivar uma análise diferenciada e interdisciplinar do instituto jurídico da posse, contribuindo para uma mudança em sua interpretação pelos operadores do direito, deixando de ser vista apenas como a exteriorização do direito de propriedade.

## **I – MEIO AMBIENTE: DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL**

A Constituição Federal brasileira de 1988, no marco jurídico de um constitucionalismo ecológico, atribuiu ao direito ao meio ambiente o status de direito e dever fundamental da pessoa e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos mais importantes do Estado Democrático de Direito, incorporando os valores ecológicos no núcleo axiológico do sistema constitucional brasileiro.<sup>1</sup>

Tal incorporação deve-se, principalmente, pelo aumento indiscriminado das situações de degradação ambiental, responsáveis pela diminuição da qualidade de vida das pessoas. Por isso é que a preservação, a recuperação e revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação constante do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e expande a vida humana.<sup>2</sup>

Assim, em um primeiro momento, abordar-se-á a questão da constitucionalização do direito ambiental na Constituição Federal brasileira de 1988, e sua importância na tentativa de conciliar a exploração e utilização dos recursos naturais de uma forma sustentável, bem como, na reinterpretação do direito de propriedade e, naturalmente, da posse. Posteriormente, adentrar-se-á nas questões que envolvem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção ambiental como dever fundamental.

### **1.1 A Constituição Federal brasileira de 1988**

A proteção do meio ambiente no cenário jurídico brasileiro tem dois momentos históricos bem delimitados. O marco normativo a traçar temporalmente os dois momentos é a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo a mesma incorporado ao seu corpo normativo um capítulo próprio para a tutela do meio ambiente e, portanto, “constitucionalizado” a proteção ambiental.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>3</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que a Constituição de 1988 é eminentemente ambientalista, assumindo o tratamento da matéria em termos amplos e modernos, uma vez que, além de destacar capítulo próprio para a temática ambiental, a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.<sup>4</sup>

A Lei Fundamental brasileira reconhece que as questões atinentes ao meio ambiente são de extrema importância para toda a sociedade, seja porque são necessárias para a preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica.<sup>5</sup> Contudo, antes de avançar no regime constitucional de proteção ao meio ambiente, é importante apenas traçar algumas linhas a respeito do período anterior à Constituição Federal de 1988, destacando o corpo normativo de tutela do meio ambiente que antecedeu a sua consagração constitucional.

A idéia acerca da proteção ambiental foi impulsionada pela sociedade brasileira, e também mundial, principalmente a partir da Conferência de Estocolmo<sup>6</sup>, realizada em 1972 – onde foi elaborada uma carta elencando os princípios e objetivos de proteção ambiental –, repercutindo mais tarde na adoção de medidas legislativas que recepcionaram no ordenamento jurídico pátrio reivindicações e novos valores sociais.

O primeiro e mais importante diploma legislativo dedicado exclusivamente à temática ambiental foi à lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), responsável por estabelecer os fins e mecanismos da tutela ambiental no cenário jurídico brasileiro, bem como uma abordagem integral e sistemática da matéria. Sendo que, entre os seus aspectos inovadores mais importantes, estão a responsabilidade objetiva do poluidor por

---

<sup>4</sup> SILVA, op. cit.

<sup>5</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>6</sup> Acerca da importância da Conferência de Estocolmo, Fensterseifer aduz que “a Declaração de Estocolmo de 1972 das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano constitui-se do marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, projetando pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito do direito internacional, a idéia em torno de um direito fundamental ao ambiente, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar. No preâmbulo do diploma, está também a referência a que ambos os aspectos do ambiente do homem, natural ou construído, são essenciais ao bem-estar e ao gozo dos direitos humanos básicos, mesmo (e pode-se dizer principalmente) o próprio direito à vida (com dignidade e saúde)” (FENSTERSEIFER, op. cit. p. 148-149).



danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º<sup>7</sup>) e o estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente (art. 10<sup>8</sup>).

Da mesma forma, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) contemplou no seu objeto de tutela a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico e, mais recentemente, a ordem urbanística. Um dos aspectos mais importantes da Lei da Ação Civil Pública está na atribuição de legitimidade ativa para as associações civis, dando uma margem democrática maior à tutela ambiental e reconhecendo o protagonismo da sociedade civil para tanto. Importante destacar também o Código Florestal (Lei 4.771/65), o qual antecedeu os diplomas anteriores, elencando importantes institutos de tutela ambiental no que diz respeito ao uso de propriedade rural, como a reserva legal (art. 1º, § 2º, inc. III<sup>9</sup>) e a área de preservação permanente (art. 1º, § 2º, inc. II<sup>10</sup>).

Como se pode vislumbrar, a primeira fase da proteção do meio ambiente no cenário jurídico brasileiro, anteriormente a Constituição Federal de 1988, tem justamente no Código Florestal, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e na Lei da Ação Civil Pública os seus grandes referenciais normativos. Ao passo que a segunda fase do direito ambiental brasileiro passa a ser impulsionado pelo advento da nova Constituição, que passou a destacar capítulo próprio para o ambiente em seu texto e, especialmente, a consagração de direito fundamental ao ambiente, além de inúmeros outros diplomas infraconstitucionais que passaram a regular a matéria.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> BRASIL. Lei 6.938/81. Art. 14, § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei 6.938/81. Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei 4.771/65. Art. 1º, § 2º, III. Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 4.771/65. Art. 1º, § 2º, II. Área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

<sup>11</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

Cabe ainda destacar, que as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente acerca da proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitou a elaboração de leis protetoras como as anteriormente citadas. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental.<sup>12</sup>

Percebe-se, dessa forma, uma clara modificação na forma de tratamento legislativo em relação ao ambiente, anteriormente à Constituição de 1988 o meio ambiente era visto apenas como um fornecedor de recursos naturais para o desenvolvimento econômico do país, não havendo uma preocupação real com os possíveis danos que a degradação ambiental pudesse ocasionar à qualidade de vida das pessoas.

Contudo, com o tempo percebeu-se a importância da manutenção do equilíbrio do meio ambiente como forma de garantir uma vida digna às pessoas, sendo que a consciência ecológica culminou com a disposição constitucional de que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, bem traduz a citação de Silva<sup>13</sup> ao afirmar que:

A necessidade da proteção jurídica do meio ambiente despertou a consciência ambientalista por toda a parte, até com certo exagero, mas exagero produtivo, porque chamou atenção das autoridades públicas para o problema da degradação e destruição do meio ambiente, natural e cultural de forma sufocante.

Coube, portanto, à Constituição do Brasil – assim como de muitos outros países – retificar o paradigma civilístico da época, consubstanciado pelo Código Civil de 1916, substituindo-o por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos

---

<sup>12</sup> SILVA, op. cit.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 430.

a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não-uso).<sup>14</sup>

Pode-se dizer, conforme Tiago Fensterseifer, que houve um processo de “constitucionalização” do direito ambiental após a promulgação da Constituição de 1988, sendo que a mesma passou a ser o grande vértice normativo da proteção jurídica do meio ambiente, de modo a irradiar a sua normatividade para todo o corpo legislativo anterior e posterior à sua promulgação, bem como não recepcionando os textos anteriores no que estivessem em desacordo com suas disposições.<sup>15</sup> E arremata:

Se antes da Constituição de 1988 a proximidade ou mesmo origem do Direito Ambiental estava vinculada ao Direito Administrativo, após a promulgação daquela essa relação inverteu-se em favor do Direito Constitucional, especialmente em razão da consagração do ambiente como direito fundamental.<sup>16</sup>

Nesse sentido, percebe-se claramente um distanciamento do direito ambiental em relação ao direito administrativo, uma vez que no período anterior à Constituição Federal de 1988, as disposições relativas ao meio ambiente encontravam-se dispostas em normas administrativas. Com o advento da Constituição de 1988, o direito ambiental passou a ter uma relação mais próxima com o direito constitucional, uma vez que na Constituição encontram-se insculpidos os princípios de direito ambiental.

Assim, a tutela do meio ambiente foi içada à categoria de direito expressamente protegido pela Constituição, tendo o legislador reservado um Capítulo inteiro para o seu tratamento (art. 225<sup>17</sup>).<sup>18</sup> Contudo, em que pese essa aproximação com o direito constitucional, importa ressaltar a interdisciplinariedade da matéria ambiental tocando todos os ramos do direito. As fontes normativas imediatas do direito ambiental advêm do direito público, especialmente constitucional e administrativo, mas não se pode descartar o direito

---

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>15</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

civil, o direito processual, o direito tributário, o direito do trabalho, direito do consumidor, o direito agrário e o próprio direito internacional.

É indisfarçável, no entendimento de Antônio Herman Benjamin, o compromisso ético da Constituição de 1988 de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade, almejando, com isso, manter as opções das futuras gerações e garantir a própria sobrevivência das espécies e de seu hábitat. Fala-se em equilíbrio ecológico, prevêm-se áreas protegidas, combate-se a poluição, protege-se a integridade dos biomas e ecossistemas, reconhece-se o dever de recuperar o meio ambiente degradado, tudo isso indicando o intuito de assegurar no amanhã um planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativa e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas as suas formas.<sup>19</sup>

Ademais, a localização constitucional do direito ao ambiente no âmbito da “ordem social” também permite referir a sua natureza de direito social da pessoa.<sup>20</sup> Não em sentido estrito, mas como um direito que transporta o interesse de toda a sociedade e coletividade, o que é facilmente visível ante a sua natureza difusa e transindividual.<sup>21</sup>

Segundo Fensterseifer, a formulação constitucional da proteção ambiental permite que se extraia a consagração de um “novo” direito (e dever) fundamental da pessoa humana, bem como a atribuição de uma tarefa ou fim constitucional de proteção ambiental ao Estado brasileiro, o que, do ponto de vista jurídico-constitucional, se caracteriza por ser uma composição extremamente importante para uma efetiva tutela constitucional do ambiente. Ainda, segundo o autor, o art. 225 da Constituição Federal estabelece dois flancos distintos para garantir uma tutela plena e integral, quais sejam, tanto através da atuação do Estado como da mobilização da sociedade na defesa do meio ambiente.<sup>22</sup>

Nesse sentido, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala destacam que, diferentemente do que ocorre com os tradicionais direitos sociais, que objetivam concretizar positivamente uma realidade não existente (por exemplo, habitação, saúde, etc. para todos os

---

<sup>19</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>20</sup> SILVA. *Direito ambiental constitucional*. op. cit.

<sup>21</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

membros da sociedade), o Estado de Direito Ambiental tem por finalidade garantir o que já existe (bem ambiental) e recuperar o que deixou de existir (dano ambiental).<sup>23</sup>

Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento jurídico brasileiro. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que, segundo Benjamin, outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar.<sup>24</sup>

Na Constituição de 1988, o *caput* do art. 225 é claro ao dispor que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Da simples leitura do referido artigo, percebe-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado como um direito fundamental.

Ao declarar ser a qualidade ambiental essencial a uma vida humana saudável (e também digna), o constituinte consignou no pacto constitucional sua escolha de incluir a proteção do meio ambiente entre os valores permanentes e fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Silva, em razão da aderência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao direito à vida, há a contaminação da proteção ambiental com uma qualidade que impede sua eliminação por via de emenda constitucional.<sup>25</sup> Estando, por via de consequência, inserido materialmente no rol das matérias componentes dos limites materiais ao poder de reforma constantes do art. 60, § 4º<sup>26</sup>, da Constituição Federal, de modo a conferir ao direito fundamental ao meio ambiente o status de *cláusula pétrea*.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

<sup>24</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>25</sup> SILVA, op. cit.

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

<sup>27</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

A Constituição brasileira reconhece, ainda, nos dizeres de Juliana Santilli<sup>28</sup>:

O princípio da equidade intergeracional, fundamentado no direito intergeracional – das presentes e futuras gerações – ao ambiente sadio. Pela primeira vez, são assegurados direitos a gerações que ainda não existem, e tais direitos restringem e condicionam a utilização e o consumo dos recursos naturais pelas presentes gerações, bem como as políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, que deverão considerar sempre a sustentabilidade dos recursos naturais a longo prazo.

Nesse mesmo sentido manifestam-se Leite e Ayala, ao reconhecerem que a preservação ambiental é necessária tendo-se em vista não somente as gerações presentes, mas também em relação às futuras. Segundo os autores, trata-se de uma equidade intergeracional e completamente diferenciada da regra tradicional do direito, pois protegem-se os seres vivos futuros (humanos ou não).<sup>29</sup>

Assim, desenvolve-se a idéia de uma responsabilidade entre gerações, no que se refere ao patrimônio ambiental, comum a todos. Nos dizeres de Ost<sup>30</sup>:

A responsabilidade é resposta a uma interpelação; a nascente: o apelo de uma natureza que se dá e que, enquanto patrimônio precioso, se foi enriquecendo com o trabalho e as significações trazidas pelas gerações precedentes; a jusante: o apelo das gerações futuras, cuja sobrevivência dependerá da transmissão deste patrimônio.

Sendo que ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o equilíbrio do meio ambiente para as futuras gerações, percebe-se uma preocupação do constituinte brasileiro não somente com a qualidade de vida da presente geração, mas também com as que estão por vir, sendo de fundamental importância que elas também tenham a possibilidade de viver em um ambiente equilibrado que lhes possibilite não somente viver, e sim, viver dignamente.

Para Silva, o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, e sim, o meio ambiente qualificado. O direito que todas as pessoas têm é à qualidade satisfatória, ao

---

<sup>28</sup> SANTILLI, Juliana. Os “novos” direitos socioambientais. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito Ambiental em Evolução* – N° 5. Curitiba: Juruá, 2007, p. 223.

<sup>29</sup> LEITE; AYALA, op. cit.

<sup>30</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 18.

equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico.<sup>31</sup>

Cabe ainda ressaltar, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também já é reconhecido em convenções e documentos internacionais. Inclusive, a Declaração do Rio de Janeiro<sup>32</sup>, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, tem como o seu primeiro princípio: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado ainda, segundo o disposto no art. 225, como sendo um “bem de uso comum do povo”, e essencial à sadia qualidade de vida. Entretanto, aduz Santilli, não se pode considerar os bens ambientais simplesmente como bens públicos *strictu sensu*, ou seja, simplesmente de domínio público. A doutrina ambiental moderna superou a concepção civilista dos bens, baseada na dicotomia entre bens públicos e privados. Atualmente, os bens ambientais são considerados bens de interesse público, independentemente de sua dominialidade, pública ou privada.<sup>33</sup>

Os bens ambientais são, portanto, bens de interesse público, independentemente da propriedade – pública ou privada – que incida sobre eles. Sendo que, para Silva<sup>34</sup>:

São inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.).

Nesse sentido, aduz Leite que o bem jurídico ambiental pode ser tratado a partir de duas dimensões: *macrobem* e *microbem*. O meio ambiente como *macrobem*, configura-se como um bem incorpóreo e imaterial de uso comum do povo, o que determina que o proprietário (público ou privado) de um bem com valor ambiental não poderá dispor da qualidade do ambiente em razão do *macrobem* pertencer a todos, conforme se pode extrair do

---

<sup>31</sup> SILVA, op. cit.

<sup>32</sup> Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 15.07.2008.

<sup>33</sup> SANTILLI, op. cit.

<sup>34</sup> SILVA, op. cit. p. 83.

comando constitucional. Em razão da natureza difusa do *macrobem* ambiental, o meio ambiente não pode ser individualizado, devendo ser compreendido como uma unidade. Já com relação ao *microbem* ambiental, Leite afirma que este se identifica com os elementos (florestas, rios, animais, propriedade de valor paisagístico, etc.) que compõem o meio ambiente, podendo ter um regime de propriedade variado (pública ou privada).<sup>35</sup>

Devido à sua natureza difusa, por mais que seja possível a individualização dos bens ambientais de forma singularizada (florestas, rios, etc.), o ambiente, enquanto ecossistema, não permite a sua concepção sem a integralidade dos bens ambientais, constituindo um único bem imaterial (e sistêmico). Dessa forma, o universo público e privado se encontram, pois o exercício empregado pelo titular do *microbem ambiental* encontra limites no interesse público e no equilíbrio do *macrobem ambiental*, contemplando uma visão integradora do espaço natural.<sup>36</sup>

A reforçar tal entendimento, o art. 2º, inc. I<sup>37</sup>, da Lei 6.938/81 institui que a Política Nacional do Meio Ambiente tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental atendendo ao princípio de que “a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico”, deve considerar “o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

Assim, que quando se protege juridicamente o bem ambiental, busca-se a proteção de um direito difuso e, portanto, este encontra-se desvinculado do direito público e privado, visando à conservação de um bem que pertence à coletividade como um todo e cujo controle deve ser feito de forma conjunta entre o Estado e as pessoas. O bem ambiental tem sua maior intensidade na proteção de um direito difuso e qualificado: a qualidade de vida.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>36</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei 6.938/81. Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

<sup>38</sup> LEITE; AYALA, op. cit.



Nesse sentido, um dos aspectos positivos que se observa da ecologização da Constituição Federal é a instituição de um inequívoco dever de não degradar, contraposto ao direito de explorar, inerente ao direito de propriedade. Na Constituição de 1988 o direito de propriedade aparece ambientalmente qualificado. Nesse sentido, Benjamin<sup>39</sup> afirma que:

No campo dos recursos naturais e do uso da terra, tal transmutação implica a substituição definitiva do regime de explorabilidade plena e incondicionada [...] pelo regime de explorabilidade limitada e condicionada [...]. Limitada, porque nem tudo que integra a propriedade pode ser explorado; condicionada, porque mesmo aquilo que, em tese, pode ser explorado, depende da observância de certas condições impostas abstratamente na lei e concretamente em licença ambiental exigível.

Ademais, para Leite e Ayala, o meio ambiente deve ser visualizado como um *macrobem*, que, além de bem incorpóreo e imaterial, se configura como um bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o *macrobem* de todos. No que se refere à atividade privada, a qualidade do meio ambiente deve ser considerada, pois o constituinte diz que a atividade econômica deverá observar, entre outros, o princípio da proteção ambiental, conforme estatui o art. 170, inc. VI<sup>40</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>41</sup>

Cabe ressaltar que esta modificação do regime de exploração da propriedade, e porque não dizer da posse, não busca impedir totalmente a utilização de todo e qualquer recurso natural. Aliás, este não é o propósito das disposições acerca da problemática ambiental presentes na Constituição de 1988. O que se pretende é uma utilização sustentável dos recursos naturais capaz de garantir a produção de riquezas, além de garantir uma vida digna para as presentes e futuras gerações.

Para Benjamin, “com novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados

---

<sup>39</sup> BENJAMIN, op. cit. p. 69-70.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

<sup>41</sup> LEITE; AYALA, op. cit.

a saúde humana e os processos e funções ecológicos essenciais”.<sup>42</sup> Ou seja, com o advento da Constituição de 1988 o instituto da propriedade afastou-se dos ditames do então vigente Código Civil de 1916, para se aproximar das disposições constitucionais que privilegiavam uma utilização sustentável dos recursos ambientais, tendo em vista a importância da manutenção do equilíbrio ecológico.

Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, § 1º<sup>43</sup>, incorporou a vertente ambiental em seus preceitos, no sentido de reconhecer que o exercício do direito de propriedade deve ser exercido de tal forma que venha a contribuir para a preservação do equilíbrio ecológico.

Dessa forma, estimula-se a atualização do direito de propriedade e, conseqüentemente, da posse, de forma a torná-los mais receptivos à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevendo-os sobre a marca da sustentabilidade. Esboça-se, dessa maneira, uma nova forma de interação com os recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos ambientais, seja pela mitigação dos exaustos degradadores do direito de propriedade, com a ecologização de sua função social.<sup>44</sup>

A luta pela preservação do meio ambiente em que as pessoas vivem consiste não somente na preservação da fauna e da flora, como também na preservação da própria pessoa, como ser individual, social e como sociedade civil organizada, assim como na natural inter-relação estabelecida entre eles. Na medida em que a proteção ao meio ambiente é um direito fundamental, conforme disposição constitucional, este busca cumprir a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais.<sup>45</sup>

Por isso, é imperioso ressaltar, que o direito à proteção ambiental caracteriza-se por ser um direito e um dever fundamental da pessoa, ou seja, as pessoas são ao mesmo tempo detentores de direito e obrigados a um dever. Mais do que titulares de um direito fundamental,

---

<sup>42</sup> BENJAMIN, op. cit. p. 72.

<sup>43</sup> BRASIL. Código Civil. Art. 1.228, § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

<sup>44</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>45</sup> MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

há um dever fundamental de manter este planeta saudável e ecologicamente equilibrado, permitindo, assim, uma vida digna para a atual e para a futura geração.<sup>46</sup>

## 1.2 O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Os direitos fundamentais<sup>47</sup> nascem e se fundamentam, nos dizeres de Norberto Bobbio, das exigências e necessidades da própria natureza humana, que, compartilhadas num dado momento histórico, levam as nações a reconhecê-los.<sup>48</sup> Sendo que a proteção do meio ambiente nasceu exatamente nessas circunstâncias, ou seja, da constatação da necessidade de se atingir uma sustentabilidade que permita abrigar a vida em todas as suas acepções, quer sejam, cultural, artificial, urbana, natural, social, que possa possibilitar a continuidade da vida para as presentes e futuras gerações.

Pode-se dizer que a necessidade de proteção ambiental surgiu antes da sua regulação pelo direito, com o objetivo de atender a uma exigência de dignidade e igualdade humana, já que a deterioração do ambiente comum, ocasionada em grande parte pela manutenção do modelo de desenvolvimento econômico adotado, em que se vê um estímulo cada vez maior pelo consumo e, conseqüentemente, uma exploração desenfreada dos recursos naturais, não pode levar a comprometer a dignidade da vida humana como um todo.<sup>49</sup>

Tendo em vista a importância da proteção do meio ambiente para a própria sobrevivência da humanidade, verifica-se, segundo Silva, que o ordenamento jurídico – competente para tutelar o interesse público – deve dar resposta coerente e eficaz para essa nova necessidade social. Em decorrência, portanto, desse novo anseio comunitário e universal, acabou sendo reconhecido um novo direito fundamental, tendo como objeto justamente a proteção jurídica do meio ambiente, na condição de bem fundamental.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> MEDEIROS, op. cit.

<sup>47</sup> Para Andrade “os direitos fundamentais nasceram e cresceram de uma raiz liberal e, embora o processo de socialização tenha estendido o âmbito e de certo modo alterado a estrutura do sistema que formam, não pretendeu subverter o seu caráter essencial: eles continuam a ser poderes de *exclusão* nas liberdades, poderes de *controle* nos direitos políticos e cívicos, poderes de *reivindicação* nos direitos sociais” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 292).

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>49</sup> VULCANIS, Andréa. Direito ambiental e direitos humanos fundamentais: de uma base epistemológica à fundamentação jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito Ambiental em Evolução* – N° 5. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>50</sup> SILVA, op. cit.

Assim, a proteção ambiental, abrangendo a proteção do meio ambiente em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa.<sup>51</sup> No texto constitucional é manifesta essa vinculação do direito a qualidade ambiental com o direito à vida.

Não se tutela apenas a sobrevivência, mas sim a vida com qualidade. Justamente pela estreita relação, qual seja, pela sua essencialidade, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>52</sup> afirma que:

À sadia qualidade de vida, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito que constitui ponto de partida para o exercício de outros direitos. Enfim, situa-se num degrau anterior à grande maioria dos direitos subjetivos, que lhe devem, inclusive, obediência. A estreita ligação e dependência da vida com o meio ambiente faz deste direito um limitador natural dos demais direitos subjetivos do homem.

É o que acontece com o direito de propriedade (e posse) que deve atender a sua função social e ambiental, uma vez que o proprietário (possuidor) tem a obrigação de dar à terra uma destinação de acordo com os anseios sociais, ou seja, deve tornar sua propriedade produtiva de modo a incrementar a justiça distributiva; não se descuidando, porém, dos preceitos ambientais ao trabalhar em sua terra.

Dessa forma, percebe-se que a questão ambiental encontra-se presente, de forma marcante, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, atuando como um limitador, uma vez que condiciona o exercício dos direitos subjetivos à garantia de que o meio ambiente manter-se-á ecologicamente equilibrado. Nos dizeres de Benjamin<sup>53</sup>:

Não são poucas, nem insignificantes, as conseqüências da concessão de status de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Antes de mais nada, o direito fundamental leva à formulação de um princípio de primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.

Para Anizio Pires Gavião Filho, o direito ao ambiente deve ser entendido e reconhecido como um direito fundamental que não se deixa reduzir a um mero bem-estar físico, ampliando-se o objeto de sua consideração jurídica para alcançar não somente os danos

---

<sup>51</sup> SILVA, op. cit.

<sup>52</sup> RODRIGUES, op. cit. p. 72.

<sup>53</sup> BENJAMIN, op. cit. p. 98.

e contaminações ao meio ambiente, mas também a qualidade de vida. Deve-se observar, portanto, que a integridade ambiental se constitui em bem jurídico autônomo que é o resultado da combinação de elementos do ambiente natural e da sua relação com a vida das pessoas.<sup>54</sup>

Como se vê, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos (como, por exemplo, saúde, moradia, educação, etc.) em patamares desejáveis constitucionalmente, está necessariamente vinculado a condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso à água potável, à alimentação sem contaminação química, a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo ou mesmo riscos de desabamento.<sup>55</sup>

Tendo em vista a importância da proteção do meio ambiente para a sobrevivência da humanidade, verifica-se, conforme Silva, que o ordenamento jurídico deve dar uma resposta coerente e eficaz para essa nova necessidade social. Em decorrência desse novo anseio comunitário e universal, acabou sendo reconhecido um “novo” direito fundamental, tendo como objeto justamente a proteção jurídica do meio ambiente, na condição de bem fundamental.<sup>56</sup>

Como referido anteriormente, no *caput* do art. 225, da Constituição Federal de 1988 encontra-se a determinação de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se em um bem de uso comum e essencial à qualidade de vida, sendo de responsabilidade do Poder Público e da coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Entretanto, ao contrário do que se possa imaginar, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se esgota no art. 225, *caput*, pois nesse dispositivo, segundo Benjamin, está apenas a sede de sua organização como direito autônomo e de caráter genérico – a mãe de todos os direitos ambientais da Constituição brasileira. No decorrer do texto constitucional, tal direito reaparece, ora como direito-reflexo (proteção da saúde, do trabalhador, etc.), ora não mais como direito *per se*, mas como preceito normativo de apoio a ele (função ecológica da propriedade rural).<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>55</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>56</sup> SILVA, op. cit.

<sup>57</sup> BENJAMIN, op. cit.

Pode-se dizer que o art. 225 engloba todos os dispositivos ambientais presentes na Constituição de 1988. Síntese que para Benjamin não implica totalidade ou referência única. Em rigor, os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e à saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade.<sup>58</sup>

Acerca da abrangência das normas atinentes à questão ambiental presentes na Constituição brasileira, Paulo de Bessa Antunes<sup>59</sup> afirma que:

Diante da norma constitucional, é possível interpretar-se que o constituinte pretendeu assegurar a todos o direito de que as condições que permitem, abrigam e regem a vida não sejam alteradas desfavoravelmente, pois estas são essenciais. A preocupação com este conjunto de relações foi tão grande que se estabeleceu uma obrigação comunitária e administrativa de defender o meio ambiente.

Fugindo do modelo de suas antecessoras, a Constituição de 1988 reconheceu que os recursos ambientais são finitos. Para Benjamin esta é uma das duas razões principais para o reconhecimento constitucional e a autonomização jurídica do meio ambiente por si próprio. Antes, o meio ambiente não era tutelado, ou, se o era, não o era adequadamente, exatamente porque a lógica do sistema jurídico alicerçava-se na falsa premissa da inesgotabilidade dos recursos naturais, totalmente refutada pela poluição dos rios, do ar e do solo, e pela destruição acelerada da biodiversidade do país.<sup>60</sup>

A outra razão apontada por Benjamin tem que ver com a imagem do passado, tanto disseminada, quanto equivocada, que insistia em compreender ou tratar o meio ambiente como uma entidade robusta e invencível, capaz de se regenerar continuamente. Em sentido oposto, para o constituinte de 1988, a natureza é apreendida como uma realidade frágil, sistêmica e ameaçada pelas pessoas, assim como pelo Estado.<sup>61</sup>

Percebe-se, portanto, a preocupação do constituinte em assegurar uma vida digna para todas as pessoas, estabelecendo obrigações tanto por parte do Poder Público como por parte da sociedade com relação ao meio ambiente, ou seja, assim como as pessoas tem o direito de viver em um ambiente digno e salubre, devem agir de forma ambientalmente consciente, não

---

<sup>58</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>59</sup> ANTUNES, op. cit. p. 67.

<sup>60</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>61</sup> Ibidem.

consumindo de forma desenfreada produtos não essenciais, que acabam sendo responsáveis pela degradação ambiental.

Dessa forma, ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis.<sup>62</sup>

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em importante julgado, reconheceu o direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana de terceira geração à luz de uma perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, contemplando o princípio da solidariedade como fundamento axiológico para tal categoria de direitos fundamentais.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello refere a idéia de titularidade coletiva consubstanciada no direito à integridade do meio ambiente, como direito fundamental de terceira geração, que expressa um “poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social”, sendo, inclusive, conferido “a todas as formações sociais”. O Ministro destaca, ainda que os direitos de terceira dimensão, com base no princípio da solidariedade, “constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> MEDEIROS, op. cit.

<sup>63</sup> “A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Publicado no DJ em 17.11.95).

Também Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros<sup>64</sup> manifesta-se acerca do conteúdo universal dos direitos fundamentais de terceira dimensão:

Com efeito, os direitos fundamentais de terceira dimensão, dotados de um conteúdo altamente humano e universal, tendem a cristalizar-se como direitos que não objetivam especificamente os interesses de um único indivíduo, de um grupo ou de um Estado. Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm por destinação primordial a proteção do gênero humano.

Cabe ressaltar que nos instrumentos internacionais de direitos humanos<sup>65</sup>, a asserção do direito inerente à vida de toda a pessoa, conforme explicitado por Antônio Augusto Cançado Trindade, faz-se acompanhar de uma asserção da proteção legal deste direito humano fundamental e da obrigação negativa de ninguém ser arbitrariamente privado de sua vida. Contudo, ainda segundo o autor, essa obrigação negativa faz-se acompanhar da obrigação positiva de tomar as providências necessárias para proteger e preservar a vida humana.<sup>66</sup>

É sob essa dimensão que se dá a inter-relação entre os direitos humanos e o direito à proteção ambiental, uma vez que tomada sob esse ângulo, amplo e próprio, nos dizeres de Trindade “o direito fundamental à vida compreende o direito de todo ser humano de não ser privado de sua vida e o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente”.<sup>67</sup>

Nesse sentido, também é o entendimento de Medeiros<sup>68</sup> quando afirma que o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, “propiciador de uma boa qualidade de vida, é inseparável do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, haja vista não poder haver vida em um ambiente degradado e doente”.

Em suma, o direito fundamental à vida, abrangendo o direito de viver, acarreta obrigações negativas assim como positivas em favor da preservação da vida humana. O seu gozo é uma pré-condição para o gozo de outros direitos humanos. Pertence, há um tempo, ao

---

<sup>64</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 73.

<sup>65</sup> Pode-se citar como exemplos: o art. 6 (1) do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o art. 2 da Convenção Européia de Direitos Humanos; o art. 4 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o art. 4 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

<sup>66</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>68</sup> MEDEIROS, op. cit. 47.



domínio dos direitos civis e políticos, e ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Ademais, estabelece um vínculo entre os domínios do direito internacional dos direitos humanos e do direito ambiental, sendo inerente a todas as pessoas, com atenção especial às exigências de sobrevivência. Tem como corolário o direito a um meio ambiente sadio.<sup>69</sup>

### 1.3 A dupla perspectiva do direito fundamental ao meio ambiente

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias –, conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho, é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado, e de outros esquemas políticos coativos.<sup>70</sup>

Partindo-se da interpretação liberal clássica dos direitos fundamentais, conforme dispõe Robert Alexy, estar-se-á diante da conceituação de que esses direitos devem assegurar a esfera da liberdade do indivíduo frente às intervenções do Poder Público. São, portanto, direitos de defesa da pessoa frente ao Estado, constituindo-se em verdadeiros direitos a ações negativas do Estado, pertencendo ao *status negativus* em sentido amplo.<sup>71</sup>

A idéia central da função defensiva dos direitos fundamentais, segundo Canotilho, reside no fato de ser uma manifestação dos direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, tendo como objeto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídica subjetiva por eles definida e protegida.<sup>72</sup> Os direitos de liberdade, ainda segundo o autor, se auto-impõem como direitos negativos diretamente “conformadores de um espaço subjetivo de distanciamento e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados”.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> TRINDADE, op. cit.

<sup>70</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

<sup>72</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 401.

Os direitos de defesa também podem ser denominados direitos de impedir, na concepção de Vieira de Andrade<sup>74</sup>, caracterizando-se por implicarem um dever de abstenção por parte do Estado:

Abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não-intromissão, no que toca às liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual; abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa podem, ainda, ser traduzidos como sendo aqueles direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado. Nesse sentido, também posiciona-se Ingo Wolfgang Sarlet<sup>75</sup> ao defender que os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, têm por objetivo a limitação do Poder Estatal, possibilitando que o titular do direito (considerado) faça “valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe forem outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”.

Nesse sentido, Canotilho assevera que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa das pessoas sob uma dupla perspectiva: quando constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as ingerências destes na esfera jurídica individual, em um plano jurídico-objetivo; e, quando exercem positivamente os direitos (denominada de liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões (denominada de liberdade negativa), exercendo positivamente os direitos fundamentais em plano jurídico-subjetivo.<sup>76</sup>

A perspectiva prestacional, por sua vez, está ligada à idéia de que, para a efetivação do direito fundamental, é necessária a atuação do Estado no sentido de realizar alguma prestação material. Para Medeiros<sup>77</sup>, os direitos fundamentais a prestações podem ser definidos como:

O direito de o particular obter algo por intermédio do Estado, tais como saúde, educação e segurança social. Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além das garantias disponibilizadas aos indivíduos pelos direitos de

---

<sup>74</sup> ANDRADE, op. cit. p. 192.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 179.

<sup>76</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>77</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 88.

defesa, está a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Da mesma forma é o entendimento de Vieira de Andrade, para quem os direitos a prestações ao contrário dos direitos de defesa, impõem ao Estado um dever de agir, quer seja para proteção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas, para tornar possível o uso efetivo desses bens jurídicos fundamentais.<sup>78</sup>

Em suas considerações acerca do tema, Sarlet aduz que os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia não apenas da liberdade-autonomia da pessoa frente ao Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que a pessoa depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, para o autor, enquanto os direitos de defesa se dirigem a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações implicam uma postura ativa do Estado, “no sentido de que este se encontra obrigado a colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica material (fática)”.<sup>79</sup>

Pode-se dizer, ainda segundo Sarlet<sup>80</sup>, que os direitos as prestações encontram-se a serviço de uma concepção que parte do pressuposto, no que se refere à relação pessoa e Estado, de que:

[...] a proteção da igualdade e da liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidades e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da comunidade.

Nos dizeres de Alexy, os direitos as prestações estão submetidos a um postulado básico, qual seja, de que é obrigação de todo o poder público proteger a dignidade da pessoa humana e o Estado Social. Os direitos à prestação, de acordo com o autor, são obrigações positivas do Estado, analisadas sob a ótica de direitos subjetivos da pessoa a ações positivas do Estado.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>79</sup> SARLET, op. cit. p. 216.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>81</sup> ALEXY, op. cit.

Nesse sentido, em relação ao direito do possuidor que dá uma destinação social e ambiental ao bem possuído – tema que será tratado mais detalhadamente no terceiro capítulo –, o mesmo tem o direito de ser mantido em sua posse como forma de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Vieira de Andrade<sup>82</sup> estabelece-se o reconhecimento de uma função social dos direitos fundamentais em geral, especialmente com o direito de propriedade, cada vez mais dependentes de um enquadramento social positivo:

Esta nova dialética de reivindicação e prestação exprime precisamente a superação do isolamento do homem liberal num quadro jurídico-constitucional orientado para uma ordem que se pretende mais racional e sobretudo mais solidária e mais justa, com distribuição mais equilibrada da riqueza social.

A distinção entre as duas perspectivas normativas – defensiva e prestacional – tem sido utilizada muitas vezes pela doutrina para caracterizar as diferentes dimensões de direitos fundamentais. A perspectiva defensiva estaria relacionada aos direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos), conquistados sob a égide do Estado Liberal, tendo em vista a suficiência de uma conduta negativa por parte do Estado para contemplar a proteção dos direitos liberais. Quanto à perspectiva prestacional, a sua caracterização estaria voltada para os direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), já sob o marco do Estado Social, uma vez que para sua efetivação demandariam uma conduta positiva do Estado.<sup>83</sup>

Hoje, no entanto, não obstante a correção parcial de tais afirmações e o seu valor didático para o estudo dos direitos fundamentais, a abordagem é tomada de forma mais complexa, em razão das perspectivas positivas e negativas estarem simultaneamente presentes, em maior ou menor medida, em todas as dimensões de direitos fundamentais, e especialmente no caso dos direitos fundamentais de terceira dimensão.<sup>84</sup> Nesse mesmo sentido, Sarlet<sup>85</sup> afirma que os direitos fundamentais:

---

<sup>82</sup> ANDRADE, op. cit. p. 51.

<sup>83</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 555.

Abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.

No caso dos direitos fundamentais de terceira dimensão, ambas as perspectivas prestacional e defensiva estão presentes, caracterizando um conjunto complexo de posições jurídico-normativas para a tutela integral de tais direitos, o que se apresenta de forma bem peculiar no caso do direito fundamental ao meio ambiente.<sup>86</sup>

Alexy<sup>87</sup> situa o direito ao ambiente na categoria de “direito fundamental como um todo”, já que é constituído de um conjunto de posições jurídicas de tipos diferentes. Entre as posições jurídicas tuteladas é possível identificar, por exemplo, a dimensão defensiva quando se incumbe ao Estado determinada abstenção de modo a não intervir no meio ambiente a ponto de comprometer seu equilíbrio. Quando à dimensão prestacional, a mesma se apresenta quando o desfrute do direito ao ambiente depende da atuação do Estado no sentido de realizar medidas fáticas tendentes a melhorar a qualidade ambiental.

Para Medeiros, o direito e o dever fundamental ambiental possuem uma função mista em relação à teoria dos direitos fundamentais, em virtude da diversidade de normas existentes no art. 225, da Constituição Federal de 1988. Nos dizeres da autora<sup>88</sup>:

O direito fundamental de proteção ambiental, assim como o dever, possui um caráter em sentido prestacional, quando cumpre ao Estado, por exemplo, prestar a proteção aos recursos naturais – representados pelo ecossistema ecologicamente equilibrado – ou a promoção de alguma atividade para a efetiva proteção do meio ambiente, contra intervenções de terceiros e do próprio Poder Público. Assume, ainda, seu caráter em sentido de defesa quando proíbem seus destinatários de destruir, de afetar negativamente o objeto tutelado.

Percebe-se, portanto, que a atribuição dos direitos fundamentais pressupõe também o valor da solidariedade, ou seja, da responsabilidade comunitária dos indivíduos: descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos as atuações individuais de caráter

---

<sup>86</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>87</sup> ALEXY, op. cit. p. 429.

<sup>88</sup> MEDEIROS, op. cit. 32-33.

político; acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção coletiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do seu exercício efetivo.<sup>89</sup>

A idéia da proteção ambiental, portanto, é qualificada sob o prisma constitucional com o escopo de incluí-la como um direito fundamental, embora seja muito mais do que isso, uma vez que o direito a proteção ambiental é na verdade, um dever fundamental explícito na Constituição Federal brasileira.

#### 1.4 A proteção ambiental como dever fundamental

A interpretação do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a proteção ao meio ambiente, além de um direito fundamental da pessoa, é um dever fundamental que impõe ao Poder Público e às pessoas uma gama de encargos. Na Constituição brasileira é possível identificar um dever geral de não degradar, além de deveres derivados e secundários, de caráter específico, listados no § 1º, do art. 225<sup>90</sup>. São deveres, nos dizeres de Benjamin<sup>91</sup>, “de cunho *welfarista*, na medida em que tomam por base um modelo de Estado intervencionista, ao qual são atribuídas claras e novas responsabilidades no jogo antigo da degradação ambiental”.

Entretanto, em que pese à redação do art. 225 da Constituição de 1988, o tema dos deveres fundamentais, conforme acentua José Casalta Nabais, é reconhecidamente um dos

---

<sup>89</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>90</sup> BRASIL. Constituição. Art. 225, § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

<sup>91</sup> BENJAMIN, op. cit. p. 112.

mais esquecidos pela doutrina constitucional contemporânea, não dispendo de um regime constitucional equivalente àquele destinado aos direitos fundamentais.<sup>92</sup>

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário. Para Fensterseifer o escasso desenvolvimento teórico e dogmático dos deveres fundamentais encontra sua razão na própria configuração histórica do Estado de Direito e do Direito em si, especialmente como uma “herança” da sua conformação liberal.<sup>93</sup>

Nesse sentido, pode-se justificar a hipertrofia dos direitos subjetivos em face dos deveres na conformação do Estado Liberal, já que este último consubstanciava um momento histórico de afirmação dos valores pessoais e individuais contra o arbítrio e a opressão do poder estatal diante das constantes ameaças perpetradas contra a liberdade individual.<sup>94</sup>

Nabais aduz que a conformação dos direitos está vinculada historicamente à função de manter o exercício do poder estatal dentro de determinados limites, de modo a assegurar às pessoas um âmbito de liberdade e autonomia, expressando-se através de posições jurídicas ativas dos particulares em face do Estado, o que levou a dar primazia quase absoluta aos direitos subjetivos em detrimento dos deveres.<sup>95</sup>

Assim, o Estado Liberal fundamentado basicamente na idéia de um Estado mínimo que abstém-se de interferir no âmbito da liberdade das pessoas, com especial preocupação para as suas manifestações patrimoniais, revelando uma pessoa pouco (ou quase nada) comprometida com a coletividade. A afirmação do direito afina-se justamente no reforço ao trânsito livre da pessoa no universo político-jurídico, ao passo que a idéia de dever retoma uma limitação à principal bandeira do Estado Liberal, qual seja, a liberdade, mesmo que apenas formal.<sup>96</sup>

No entanto, com o passar do tempo, a idéia de liberdade tomou outro contorno, incorporando uma dimensão real e fática ao seu conteúdo, a ponto de não mais admitir uma

---

<sup>92</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15.

<sup>93</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>94</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>95</sup> NABAIS, op. cit. p. 16.

<sup>96</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

feição meramente formal. Sendo que a exacerbação da liberdade individual reproduziu no âmbito social um quadro de injustiça – que ainda se faz presente na sociedade contemporânea –, projetando um cenário social de desigualdade generalizada e de liberdade real ou material para poucos.<sup>97</sup> Nesse sentido, segundo Fensterseifer<sup>98</sup>:

O princípio da liberdade (e da autonomia) do indivíduo, não obstante a sua importância também fundamental na composição do Estado de Direito contemporâneo, não pode justificar uma emancipação total ou mesmo anárquica do cidadão, devendo vincular-se a responsabilidade social ou comunitária ao exercício da liberdade individual. Além do mais, hoje algumas das principais ameaças à liberdade humana, bem como aos direitos fundamentais de um modo geral, mas especialmente à dignidade da pessoa humana, são impetradas por particulares, e não mais pelo Estado.

Tal fato evidenciar-se-á de forma mais clara quando o instituto da posse for abordado, justamente pelo fato de que a pessoa, no Estado de Direito contemporâneo, não pode simplesmente agir visando unicamente seus interesses particulares, e sim, deve buscar dar uma destinação social ao bem que possui, vinculando-se, dessa forma, a responsabilidade social ao exercício de sua liberdade individual.

As pessoas não podem se considerar desligadas dos valores comunitários que preenchem o espaço normativo da comunidade estatal onde se movem, mas, pelo contrário, têm o dever jurídico (e não apenas moral) de respeitar os valores constitucionais, especialmente aqueles que refletem nos direitos fundamentais das demais pessoas que integram a coletividade,<sup>99</sup> entre os quais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esta constatação evidencia a necessidade de se repensar a teoria dos direitos fundamentais e reservar um espaço de destaque aos deveres fundamentais, não como uma imposição estatal ao modo clássico, mas como projeção normativa dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas, à luz principalmente da perspectiva crescente no mundo contemporâneo do princípio-valor da solidariedade.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>99</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>100</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.



Da mesma forma, Vieira de Andrade ao tratar dos deveres fundamentais, afirma que ninguém duvida que exista, no mínimo, um interesse pedagógico e uma importância espiritual e ética que reveste a idéia dos deveres fundamentais das pessoas, significando que a pessoa não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta e que todas as pessoas são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pelo progresso da comunidade.<sup>101</sup>

Percebe-se, portanto, a importância dos deveres fundamentais para a conscientização das pessoas acerca de sua importância para o progresso da sociedade, ou seja, as pessoas não podem simplesmente exigir do poder público medidas que visem garantir a manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado. Elas devem estar cientes de que suas ações também acarretam danos ao meio ambiente e que vivem e, conseqüentemente, são igualmente responsáveis pela preservação e manutenção da qualidade ambiental.

Nesse sentido, Trindade aduz que a Declaração de Haia sobre a Atmosfera de 1989, traz em sua redação que “o direito de viver é o direito do qual emanam todos os demais direitos”, e acrescenta que “o direito de viver com dignidade em um meio-ambiente global viável” acarreta o dever da “comunidade das nações” de fazer “tudo o que puder ser feito para preservar a qualidade da atmosfera” para as gerações presentes e futuras.<sup>102</sup> O autor acaba por enfatizar a importância da qualidade ambiental para a vida das pessoas.

Da mesma forma, ao tratar da importância dos deveres fundamentais para a proteção da qualidade do meio ambiente, Medeiros<sup>103</sup> aduz que:

Intrinsecamente vinculado ao direito de proteção ambiental existe um dever fundamental. Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio, seja através de grandes participações populares na luta pela não-destruição do *habitat* natural.

Tendo em vista a necessidade de tutela do meio ambiente para a garantia de uma vida digna e justa, tanto do ponto de vista individual como coletivo, não há dúvidas da necessidade de constituição de uma esfera de deveres fundamentais de proteção ao ambiente. Sendo que

---

<sup>101</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>102</sup> TRINDADE, op. cit.

<sup>103</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 124.

esses deveres fundamentais devem nortear as ações que visam garantir uma vida digna e justa para todas as pessoas.

Importa ressaltar que por ser o direito de preservação ambiental um direito de terceira dimensão, e não um direito social, que coloca a pessoa em uma posição passiva no ato de agir, uma vez que os direitos sociais dependem de uma conduta ativa por parte do Estado, as obrigações que lhe são decorrentes não são apenas deveres do Estado<sup>104</sup>; são, essencialmente, deveres próprios de todas as pessoas.<sup>105</sup> Nos dizeres de Benjamin<sup>106</sup>:

A tutela ambiental não é um daqueles valores sociais em que basta assegurar uma liberdade negativa, orientada a rejeitar a intervenção ilegítima ou o abuso do Estado. Além de ditar o que o Estado não deve fazer (= dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (= dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica.

Assim, não há dúvidas de que as obrigações decorrentes do dever fundamental de proteção ao meio ambiente são de responsabilidade de toda a sociedade, ou seja, não cabe apenas ao Estado zelar pela qualidade do ambiente. O zelo e o dever de cuidado, segundo Medeiros<sup>107</sup>, são de toda a sociedade, sendo que todas as pessoas têm o dever de preservar o ambiente em que vivem para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, aplicando, assim, “o princípio da dignidade da pessoa humana em conexão com um princípio muito maior, qual seja, a dignidade da própria vida”.

Sendo que no direito de propriedade (e de posse) a responsabilidade individual de cada pessoa vislumbra-se de forma ainda mais latente, uma vez que o proprietário e/ou possuidor é o responsável direto na tentativa de adotar práticas que viabilizem uma vida digna para as presentes e futuras gerações. Ou seja, o possuidor – seja ele proprietário ou não – tem o dever fundamental de dar uma destinação social e ambiental ao bem possuído.

---

<sup>104</sup> Em que pese à necessidade de uma conduta ativa por parte do Estado para a efetivação dos direitos sociais, não se deve deixar de destacar que “a caracterização do Estado Social e do conjunto de direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais) traz consigo a configuração de *deveres sociais*. Há a constatação jurídico-política de que o indivíduo existe para além da sua própria individualidade, caracterizando-se por ser um sujeito social responsável para com a existência comunitária à sua volta (ou seja, de todos os integrantes do grupo social) em patamares dignos. E tal responsabilidade não é apenas moral, mas também jurídica” (FENSTERSEIFER, op. cit. p. 195).

<sup>105</sup> MEDEIROS, op. cit.

<sup>106</sup> BENJAMIN, op. cit. p. 113.

<sup>107</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 125.

Cabe ressaltar que o dever fundamental de proteção ao meio ambiente, em virtude da complexidade múltipla de seu conteúdo, integra a categoria mais elaborada dos deveres fundamentais. Para Medeiros<sup>108</sup>:

Essa complexidade está vinculada ao fato de que o dever de defesa do ambiente caracteriza-se como um dever de cunho positivo e negativo, uma vez que impõe ao homem um comportamento positivo, seja através de uma prestação de fato (fazer) ou de uma prestação de coisa (dar), e também se caracteriza como um dever de cunho negativo, cujo comportamento exigido é o de se abster de fazer algo em prol da defesa ambiental.

Ainda, segundo a autora, essa particular característica do dever fundamental de defesa do meio ambiente exprime a idéia de uma dupla função, prestacional e defensiva, tal como existe no direito fundamental de viver e conviver em um ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>109</sup>

Nabais ressalta a presença de conteúdos de natureza prestacional e defensiva no conteúdo dos deveres fundamentais, consoante impliquem, para o respectivo destinatário, um comportamento positivo ou um comportamento negativo.<sup>110</sup> Assim, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais, pode-se afirmar a existência de deveres fundamentais defensivos e deveres fundamentais prestacionais.

Entretanto, conforme destaca Nabais, a complexidade inerente a alguns deveres fundamentais não permite o seu enquadramento exclusivo em alguma das duas categorias referidas, tornando-os simultaneamente com carga normativa defensiva e prestacional, como é o caso dos deveres de defesa e promoção da saúde, de defesa do ambiente e de defesa do patrimônio cultural.<sup>111</sup>

De modo ilustrativo, pode-se destacar a relação entre o instituto da posse e a função social e ambiental da posse (que será abordado com maior profundidade no terceiro capítulo), tendo em vista que o possuidor tem o dever de dar uma destinação social ao bem possuído, contudo, tal destinação deve respeitar os limites impostos pela natureza, sob pena de acarretar um dano ao meio ambiente.

---

<sup>108</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 127.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> NABAIS, op. cit.

<sup>111</sup> Ibidem.

A expressão cunhada por Vieira de Andrade<sup>112</sup>, “responsabilidade comunitária dos indivíduos”, referida em passagem anterior, é extremamente bem empregada na questão possessória, uma vez que a solidariedade é considerada o valor que sedimenta e oxigena a ordem jurídica contemporânea, admitindo-se que a dignidade de cada pessoa não se realiza unicamente em si mesma, mas também na dignidade dos seus semelhantes.

Destarte, os direitos de solidariedade propõem uma nova relação jurídica para a tutela dos direitos fundamentais, entre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deslocando o campo de atenção do Estado para as pessoas, as quais também passam a cumprir um papel determinante para a tutela dos direitos fundamentais de solidariedade. Para Vieira de Andrade, os direitos de solidariedade estão atrelados a idéia de direitos-deveres, resgatando a figura dos deveres fundamentais em face da hipertrofia dos direitos subjetivos, herança esta deixada pelo Direito liberal.<sup>113</sup>

Manifestando-se acerca da nova relação jurídica desencadeada pelos direitos de solidariedade, Medeiros<sup>114</sup> afirma que:

Essa situação estabelecida de um dever fundamental de proteção ambiental de terceira dimensão, ancorada em uma base de solidariedade para a sua execução, reflete que, definitivamente, esse é um direito que se funda na solidariedade por exigir a participação de todos, para que esse mesmo todo mantenha a vida.

Percebe-se, portanto, a mudança na forma de interpretar o dever fundamental de proteção ambiental, sendo que o mesmo deixa de ser visto como uma responsabilidade apenas do ente estatal, passando a ser uma responsabilidade de todas as pessoas, objetivando, justamente, a manutenção da vida em um ambiente saudável.

O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, destacou o dever de solidariedade que se projeta a partir do direito fundamental ao meio ambiente, o que implica a obrigação de tutela ambiental a toda as pessoas, e não apenas ao Estado. Segundo o ministro<sup>115</sup>, o dever de proteção ambiental é uma:

---

<sup>112</sup> ANDRADE, op. cit. p. 146.

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 125.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01.09.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28 mai. 2008.

Especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.

Com base no princípio da solidariedade intergeracional, Fensterseifer aduz que as responsabilidades das gerações presentes respondem a um critério de justiça intergeracional, ou seja, entre gerações humanas distintas. As gerações futuras nada podem fazer hoje para preservar o meio ambiente, razão pela qual toda a responsabilidade (e deveres) de preservação da vida para o futuro recai sobre as gerações presentes.<sup>116</sup>

Somente a partir do reconhecimento de que a alteridade está vinculada à responsabilidade, e de que a atuação responsável não pode ser limitada ao presente, poder-se-á iniciar uma nova leitura do ambiente, que é também uma nova leitura da equidade, ultrapassando os limites espaciais do respeito pelo *alter* para assumir *dimensões intergeracionais*.<sup>117</sup> Para Leite e Ayala<sup>118</sup>:

A constituição da *equidade intergeracional* revela, também, a formulação de uma ética da *alteridade intergeracional*, reconhecendo finalmente que o homem também possui obrigações, deveres e responsabilidades compartilhadas, em face do futuro [...]. Evidencia-se a necessidade de integração do discurso ético do respeito à *alteridade*, mas, sobretudo, da *alteridade intergeracional*, como *elementos de revisão* do moderno discurso ecológico, que é, atualmente, um *discurso de inclusão do outro*, propulsor de uma *democracia ambiental*.

A perspectiva ética de alteridade intergeracional também contribuiu para a relativização do instituto da propriedade, uma vez que a propriedade não pode mais ser vista apenas como um instituto absoluto, perpétuo e exclusivo, e sim, deve ser empregada sempre buscando seu fim sócio-ambiental, ou seja, o proprietário também possui um dever e uma responsabilidade para com a coletividade. Nesse sentido, o instituto da posse funcionalizada – cumpridora de uma função sócio-ambiental – passa a ter uma maior importância no ordenamento jurídico, justamente pela perspectiva de alteridade intergeracional.

---

<sup>116</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>117</sup> LEITE; AYALA, op. cit.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 114.

Ou seja, no âmbito do direito brasileiro, o direito à propriedade mostra-se como um exemplo paradigmático para a compreensão adequada do tema dos deveres fundamentais, já que, em razão das projeções objetivas de outros direitos e princípios fundamentais – entre os quais o da dignidade da pessoa humana, da proteção do ambiente, da justiça social e da função social –, o seu conteúdo e alcance restaram alterados.<sup>119</sup>

Neste ponto, é oportuno traçar a distinção entre deveres conexos ou correlatos (aos direitos) e os deveres autônomos. Tal diferença reside justamente no fato de que os últimos não estão relacionados (ao menos não de forma direta) à conformação de nenhum direito subjetivo, ao passo que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente.<sup>120</sup>

Cabe ressaltar que o direito fundamental ao meio ambiente é um exemplo de direito-dever, ou seja, o dever fundamental de proteção do ambiente está vinculado de forma direta ao comando normativo-constitucional que consagra tal direito, conforme disposição do art. 225 da Constituição brasileira.

Para Canotilho<sup>121</sup>, a aplicação dos deveres legalmente constituídos não equivale à equiparação dos deveres a restrições legais de direitos e, muito menos, a limites imanentes dos mesmos direitos. Ainda segundo o autor<sup>122</sup>:

Mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos – dever de defesa do ambiente, dever de educação dos filhos – não se pode dizer que estes deveres constituem “restrições” ou “limites imanentes” dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do ambiente não é uma “restrição do direito ao ambiente”, o dever de educação dos filhos não é um “limite imanente” do direito de educação dos pais. Se isso fosse assim, os deveres fundamentais deixariam de ser uma categoria constitucional autônoma.

Na concepção de Vieira de Andrade, os deveres fundamentais autônomos são os impostos pela Constituição, independentemente de qualquer direito, trazendo como exemplos o dever de obediência aos atos legítimos dos poderes públicos, os deveres de defesa da pátria e o dever de pagar impostos, dentre outros. No concernente aos deveres fundamentais não-autônomos ou conexos, os quais o autor denomina de deveres associados com direitos

---

<sup>119</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 535.

fundamentais, ressalta-se o reconhecimento de que esses deveres fundamentais podem alterar não só a estrutura, mas também o significado dos direitos fundamentais.<sup>123</sup>

É certo, porém, que se encontra no texto constitucional a previsão de deveres fundamentais autônomos ou em conexão com os direitos fundamentais. Quando for considerado um dever autônomo o mesmo justificará uma interpretação limitativa do próprio direito fundamental, interferindo assim diretamente na determinação de seu conteúdo. Porém, em nenhum caso essa interferência será total, pois nunca poderá afetar o conteúdo essencial do direito. Nos dizeres de Vieira de Andrade “a intensidade dos deveres será sempre inferior à das faculdades reconhecidas<sup>124,, 125</sup>”.

Sendo que o dever fundamental de defesa do ambiente, enquadra-se na classificação dos deveres fundamentais não-autônomos, pois está intimamente relacionado com o direito fundamental de usufruir de um ambiente sadio e equilibrado. É um dever fundamental associado a valores ou interesses comunitários, relacionado à categoria dos direitos fundamentais de solidariedade.<sup>126</sup>

Também Medeiros<sup>127</sup>, posiciona-se no sentido de reconhecer o dever fundamental de defesa ambiental como um direito não-autônomo:

O dever fundamental de defesa do ambiente é um dever conexo ao direito fundamental de desfrutar um ambiente saudável, sem representar uma restrição ou uma limitação, em virtude de ser dever não-autônomo. Representa um dever que não pode existir sem um direito, haja vista não se poder ter o direito de usufruir ambiente equilibrado se não tivermos a obrigação jurídico-ética de colaborar para a sua preservação. É um dever perante a coletividade para a manutenção da vida com qualidade.

Percebe-se, portanto, que os direitos e os deveres fundamentais encontram-se em uma relação de conexão funcional, que, de um lado, impede o exclusivismo dos direitos fundamentais e, de outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia dos direitos

---

<sup>123</sup> ANDRADE, op. cit.

<sup>124</sup> “Na medida em que limitam ou mesmo determinam o conteúdo de direitos (fundamentais ou não), é importante ressaltar, como de costume, a presença marcante do *princípio da proporcionalidade* na abordagem dos deveres fundamentais, a fim de que todas as medidas tomadas em seu nome (limitação ou redefinição do conteúdo de direitos fundamentais) estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando sempre o núcleo essencial do direito fundamental subjugado ao dever” (FENSTERSEIFER, op. cit. p. 194).

<sup>125</sup> ANDRADE, op. cit. p. 159.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 131.

fundamentais ou da liberdade em face dos deveres, uma vez que esses ainda servem, mesmo que indiretamente, ao objetivo constitucional da liberdade.<sup>128</sup>

Assim, o dever fundamental de defesa do meio ambiente está associado à responsabilização das pessoas na conservação e na promoção de uma determinada sociedade, exigindo a prestação de um dever para a manutenção e para o fomento da mesma. Nesse sentido, Medeiros<sup>129</sup> aduz que:

Quando falamos em direito e dever fundamental à proteção ambiental, referimo-nos à questão primordial de possuímos o direito fundamental de vivermos em um meio ambiente saudável e equilibrado e do dever, também fundamental, de lutarmos com todos os meios legítimos disponíveis para que esse ambiente assim se mantenha por muitas gerações.

Dessa forma, o direito difuso a um ambiente saudável garantidor de uma boa qualidade de vida ao ser humano consiste em direito-dever, uma vez que a pessoa é, ao mesmo tempo, titular de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (desempenhando o papel de um sujeito passivo) e titular de um dever de defender e preservar esse mesmo ambiente (representando um sujeito ativo de direito-dever).<sup>130</sup>

Para tal direção, sinaliza o conteúdo normativo do art. 225 da Constituição Federal brasileira, especialmente em relação ao texto de seu *caput*, que dispõe de forma expressa a respeito da imposição de toda a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Portanto, deve-se ter a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais da pessoa humana, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Ademais, cumpre compreender que o meio ambiente é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes estão garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> NABAIS, op. cit.

<sup>129</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 126.

<sup>130</sup> Ibidem.

<sup>131</sup> SILVA, op. cit.



## II – O INSTITUTO JURÍDICO DA POSSE

O instituto jurídico da posse, sem dúvida alguma, é um dos temas que mais apresenta divergências de opiniões na área jurídica. Sendo que desde os romanos, o conceito de posse vem se formando, existindo atualmente uma bibliografia vastíssima sobre o assunto.

Justamente por essa razão, o conceito de posse que nunca chegou a ser consensual, teve muitas definições no decorrer da história. E não é por outro motivo que as dificuldades no estudo deste instituto são encontradas tanto na variação de conceitos no tempo, como também na divergência de opiniões entre juristas da mesma época, uns preocupados com a lógica do sistema jurídico, outros sensíveis às questões sociais.<sup>132</sup>

O ponto consensual entre os jurisconsultos na controvertida teoria possessória é a distinção existente entre a posse e a propriedade. A posse, desde sua origem na história da humanidade, é um estado de fato que antecedeu à propriedade na apreensão e utilização dos bens, visando a satisfação das necessidades das pessoas, sendo também um tipo de relação da pessoa com a terra possuída.<sup>133</sup>

Dessa forma, procurar-se-á, num primeiro momento, para os objetivos deste capítulo, analisar o instituto jurídico da posse sem ater-se à evolução histórica de seu conceito, e sim, trabalhando com a sua definição contemporânea, notadamente a de Savigny, a de Ihering e a de Saillelles, além de abordar a importância da realidade fática para a caracterização da posse e sua importância para a eficácia dos direitos humanos fundamentais.

### 2.1 O instituto da posse na concepção de autores clássicos

Primeiramente, antes de analisar as questões atuais acerca do instituto da posse portador de uma função sócio-ambiental e laborativa, faz-se necessário relembrar os pensamentos dos autores clássicos que trataram do referido tema. Somente a partir dos ensinamentos de Savigny – teoria subjetiva da posse –, Ihering – teoria objetiva da posse – e, posteriormente, Saillelles – teoria da apropriação econômica da posse – é que as discussões postas neste trabalho tornaram-se possíveis.

---

<sup>132</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense: 1991.

<sup>133</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

### 2.1.1 O elemento subjetivo da posse em Savigny

A posse, para Frédéric Charles de Savigny (1779-1861), vem sistematizada em seu tratado *Das Recht des Besitzes*, de 1803, traduzido para o francês como *Traité de La Possession*, em sete edições, obra que durante todo o século XIX influenciou o espírito dos juristas e na qual expôs o instituto da posse tal qual era concebido pelo direito romano antigo, com as modificações nele introduzidas pelo direito canônico.<sup>134</sup>

Para Savigny, toda a posse jurídica se refere somente à usucapião e aos interditos<sup>135</sup>. Para demonstrar os elementos essenciais da posse, o autor parte da noção de detenção, expondo que a posse é toda detenção intencional, ou seja, para ser possuidor não basta deter a coisa, mas há de haver uma vontade de ter a coisa para si. Esta vontade, denominada de *animus possidendi* não é outra coisa senão a intenção de exercer o direito de propriedade. Nos dizeres de Savigny<sup>136</sup>, “a detenção de uma coisa é um fato psíquico correspondente ao fato jurídico da propriedade. Em consequência, o *animus possidendi* não é outra coisa senão a intenção de exercer o direito de propriedade<sup>137</sup>”. (tradução livre)

Segundo Savigny<sup>138</sup>, alguém que detém uma coisa pode exercer essa intenção de duas maneiras:

Pode querer exercer o direito de propriedade de outrem ou de si mesmo. Se a intenção for de exercer o direito de propriedade de outrem, direito reconhecido por si mesmo, não existe *animus domini* que é necessário para que a detenção se transforme em posse<sup>139</sup>. (tradução livre)

Desta forma, alguém que detém um bem pode querer exercer o direito de propriedade de outra pessoa, nesse caso a detenção não se transforma em posse; ou pode ter a intenção de

<sup>134</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>135</sup> “Toute possession juridique se réfère, soit à l’usucapion, soit aux interdits, et que dans les deux hypothèses elle repose sur une notion générale de possessio dans le sens juridique du mot, laquelle notion doit pour rendre possible l’usucapion, se combiner encore avec quelques éléments particuliers” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 4.ed. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1893, p. 87).

<sup>136</sup> SAVIGNY, op. cit. p. 88.

<sup>137</sup> La détention d’une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l’*animus possidendi* n’est autre chose que l’intention d’exercer le droit de propriété.

<sup>138</sup> SAVIGNY, op. cit. p. 88.

<sup>139</sup> Il peut vouloir exercer le droit de propriété d’autrui ou le sien propre. S’il a l’intention d’exercer le droit de propriété d’autrui, droit qu’il reconnaît par là même, il n’y a pas là cet *animus possidendi* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession.

exercer um direito próprio de propriedade, fazendo com que a detenção se transforme em posse. Nesse sentido, Salelles<sup>140</sup> argumenta que a teoria possessória de Savigny apresenta:

Um caráter espiritualista, porque, segundo ela, os fatos que dão lugar ao *corpus* carecem em certo modo de valor, como tais atos materiais, e somente o adquirem quando possuem uma intenção e um poder de ordem moral; não se toma em consideração a apreensão brutal, mas a manifestação de um poder de dominação revelado pelos fatos<sup>141</sup>. (tradução livre)

A idéia de posse, no entendimento de Savigny<sup>142</sup>, “não existe absolutamente nada mais que o *animus domini*, e não supõe a convicção de que seja realmente proprietário<sup>143</sup>”, razão pela qual o direito romano admitia a posse da coisa roubada ao ladrão, que assim poderia fazer uso dos interditos, diferentemente do arrendatário, que não poderia possuir porque não considerava a coisa como sua. (tradução livre)

Sobre a teoria subjetiva, Carlos Alberto de Campos Mendes Pereira<sup>144</sup> manifesta-se no sentido de que:

Da idéia da posse, divisam dois elementos constitutivos básicos: o *corpus* e o *animus domini*. Essa teoria apelidada clássica ou subjetiva, fundava-se na distinção entre posse e detenção, feita à luz do elemento psicológico. Assim para Savigny é a vontade de possuir para si que origina a posse jurídica e quem possui por outros é detentor.

Assim, Savigny estabeleceu que a posse é um fato, com repercussões jurídicas, que se manifestam de duas formas: o *corpus* e o *animus*. O primeiro é considerado a exteriorização do fato, ou seja, sua aparência no mundo jurídico. Enquanto o segundo será seu componente interno, sendo que este elemento interno é a base da teoria subjetiva.

Para Savigny os dois elementos são indispensáveis para que se caracterize a posse, pois se não existir o *corpus*, inexistente relação de fato entre a pessoa e a coisa; e se faltar o *animus*, não existe posse, mas mera detenção.

---

<sup>140</sup> SALEILLES, Raymond. *La Posesión*. Tradução de J. M. Navarro de Palencia. Madri: Libreria General de Victoriano Suárez, 1909, p. 26-27.

<sup>141</sup> Un carácter espiritualista, porque, según él, los hechos que dan lugar al *corpus* carecen de valor en cierto modo, como tales actos materiales, y sólo lo adquieren en cuanto descubren una intención y un poder de orden moral; no se toma en consideración el apoderamiento brutal, sino la manifestación de un poder de dominación revelado por los hechos.

<sup>142</sup> SAVIGNY, op. cit. p. 89-90.

<sup>143</sup> N'exige absolument rien de plus que cet *animus domini*, et surtout elle ne suppose pas la conviction que l'on soit réellement propriétaire.

<sup>144</sup> PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. *A disputa da posse*. São Paulo: LTr, 1999, p. 40.

Contudo, o elemento material da posse, o *corpus*, não se caracteriza apenas pelo contato físico do titular com a coisa. Ele se torna efetivamente caracterizado apenas quando o sujeito tem, pelo menos, a possibilidade de exercer poderes sobre ela, excluindo qualquer outra pessoa do exercício simultâneo desses poderes. Já o elemento psíquico, o *animus*, caracteriza-se na vontade do sujeito tem de ser o dono ou proprietário da coisa.

Segundo Ana Rita Vieira Albuquerque<sup>145</sup>, o elemento *animus* é fundamental para o reconhecimento da posse na teoria subjetiva:

Desta forma, alguém que detém uma coisa pode exercer essa intenção de duas maneiras: ou pode exercer o direito de propriedade de outrem, e aí a detenção não se transforma em posse, ou pode ter a intenção de exercer um direito próprio de propriedade, e aí a detenção se transforma em posse.

Para Savigny, o *animus possidendi* não seria outra coisa que a intenção de exercer o direito de propriedade, ou seja, para ser possuidor não basta deter a coisa, mas há de haver uma vontade de ter a coisa para si.

Savigny realçava a questão da posse jurídica, base dos interditos e da usucapião. Assim, do fato puramente físico e estranho ao direito que constitui em princípio a posse, certas condições atribuem a este fato os efeitos de um direito, reconhecendo a importância da posse por si mesma. Para Savigny, a proteção da posse tem por fim a pessoa humana, que deve estar ao abrigo de toda violência, e, porque a violência é, por si só, um fato contrário ao direito.

Ademais, Savigny considerava a posse por si mesma como um fato, e, por suas consequências jurídicas, entendia que era um direito. Tinha, dessa forma, uma dupla natureza jurídica, em virtude de ser ao mesmo tempo um fato e um direito. Nas palavras do autor: “Assim, ela é ao mesmo tempo um fato e um direito: por ela mesma, é um fato; pelas suas consequências, ela se assemelha a um direito, esta dupla natureza jurídica é extremamente importante por tudo que concerne esta matéria<sup>146</sup>”. (tradução livre)

---

<sup>145</sup> ALBUQUERQUE, op. cit. p. 97.

<sup>146</sup> Ainsi elle est à la fois un fait et un droit: par elle-même, c'est un fait; par ses conséquences, elle ressemble à un droit, et cette double nature est infiniment importante pour tout ce qui concerne cette matière.

Portanto, a posse, conforme Savigny era essencialmente a conjunção de dois elementos: um que consistia na apreensão física da coisa e na sujeição desta coisa ao poder de uma outra pessoa, e outro de natureza jurídica psíquica, que se funda no *animus*, na vontade de que esta pessoa tem de ser dono ou proprietário da coisa.<sup>147</sup>

### 2.1.2 O elemento objetivo da posse em Ihering

Rudolf von Ihering (1818-1892), em sua obra *Ueber den Grund des Besitzeschutzes*, de 1869, cuja versão espanhola tem o título de *El Fundamento de la Protección Posesoria*, de 1892, deduz sua tese basicamente enfrentando a teoria possessória de Savigny, discutindo, portanto, o elemento físico sobre o qual Savigny assenta sua teoria possessória. Quanto ao elemento psíquico, o *animus domini*, Ihering rebate-o em outra obra, editada vinte anos depois, intitulada *Der Besitzwille*, de 1889, cuja versão espanhola, *La Voluntad en la Posesión*, editada sob o título genérico *La Posesión*, foi publicada em 1926.<sup>148</sup>

Ihering<sup>149</sup> manifestou seu antagonismo à teoria subjetiva ao afirmar que a posse é um direito e não apenas um fato. Segundo o autor: “se parte-se desta definição: os direitos são os interesses juridicamente protegidos, não pode haver a menor dúvida de que é necessário reconhecer o caráter de direito da posse<sup>150</sup>”. (tradução livre)

Para o autor é justamente por meio desta proteção jurídica que o interesse efetivo de fato na posse reveste a forma de um interesse jurídico. Portanto, a relação possessória é uma relação jurídica, porque toda relação à qual o direito atribui efeitos jurídicos é uma relação jurídica. Se a posse, como tal, não estivesse protegida pelo ordenamento jurídico não passaria, por óbvio, de uma pura relação de fato sobre a coisa.<sup>151</sup>

Ihering admite, também, o *corpus* e o *animus* da teoria subjetiva, não discordando de que desses dois elementos é que surge a posse. No entanto, ele afirma que a distinção entre os

<sup>147</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> IHERING, Rudolf Von. *La Posesión*. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947, p. 43-44.

<sup>150</sup> Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses juridicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión.

<sup>151</sup> IHERING, op. cit.

dois elementos é irrelevante, pois a noção de *animus* já se encontra na de *corpus*, sendo a maneira como o proprietário age em face da coisa de que é possuidor.

Ou seja, na teoria objetiva de Ihering a retenção física da coisa ou o controle sobre ela exercido pelo possuidor, não depende da presença dele, ou de que este controle seja fisicamente possível. Este controle vem a ser, rigorosamente, apenas uma relação exterior vinculando sujeito e objeto. Assim, o obstáculo que se opõe à interferência de terceiros não é físico, mas jurídico. Dessa forma nota-se a persistência de Ihering em demonstrar que a posse é mais que um simples fato, mas sim um direito.<sup>152</sup>

A segurança do possuidor, portanto, não reside no poder físico sobre a coisa, como exposto por Savigny em sua teoria subjetiva, mas fundamenta-se, simplesmente, no fato de a lei proibir a ação de estranhos sobre a coisa a respeito da qual o possuidor tenha interesse suscetível de proteção legal. Logo, como se vê, surge um impedimento não apenas físico para ações de estranhos, mas acima de tudo jurídico.

Em contraposição a Savigny, Ihering considera que a simples existência do elemento *corpus* tal como o concebe é suficiente para a existência caracterizada da posse, sendo o *animus*, portanto, um elemento secundário.

Ainda, segundo o autor, para demonstrar que existe posse, basta evidenciar a existência exterior da relação possessória, ou seja, o *corpus*. O *corpus*, como tal, pressupõe o *animus*, cabendo a quem se oponha à alegação de que existe posse demonstrar e comprovar a existência de causa especial que a exclua. Logo, para ele o elemento subjetivo está conseqüentemente inserido e contido no próprio elemento objetivo. Nota-se, pois, que Ihering não dispensa o *animus*, apenas o insere no *corpus*, porque ao dispor fisicamente da coisa, o possuidor estará a agir como um proprietário, ainda que não o seja.

Para Ihering é o interesse que coloca em movimento a vontade de possuir, sendo o *corpus* apenas a manifestação real desta vontade. É este interesse que representa o desejo pela coisa e que Ihering cita como sendo o primeiro momento de toda a relação possessória e a razão de sua proteção. Este interesse é a possibilidade de fato que se tem de utilizar uma coisa

---

<sup>152</sup> AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse: efeitos e proteção*. 5.ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

em função do bem comum, das necessidades humanas. Não obstante, Ihering não concebia a posse senão como meio para um fim distinto, qual seja, assegurar o direito de propriedade.<sup>153</sup>

Cabe ainda ressaltar a clareza do autor ao responder a seguinte indagação. Por que se protege a posse? “Não é certamente para dar ao possuidor a elevada satisfação de ter o poder sobre a coisa, mas para tornar possível o *uso econômico* da mesma em relação às suas necessidades”.<sup>154</sup> Ou seja, a posse é indispensável para a utilização econômica da propriedade, sendo que “tirar a posse é paralisar a propriedade”.<sup>155</sup>

Por essas razões, o *corpus* concebido por Ihering não é apenas o controle físico sobre a coisa, uma vez que este modo de retenção deve apresentar algo a mais, isto é, deve ser a forma economicamente adequada de relação sujeito/objeto. Assim, o poder físico e a utilização econômica, traduzida no interesse juridicamente protegido, devem se integrar perfeitamente, constituindo o *corpus*. Esta a razão pela qual a simples detenção física, destituída de qualquer interesse válido, não pode ser considerada como posse.<sup>156</sup>

Ou seja, o *corpus* não é apenas elemento que se caracterize materialmente. Ele se compõe de dois segmentos básicos e indispensáveis para sua caracterização, quais sejam: o poder físico sobre a coisa e o interesse de utilizá-la economicamente.<sup>157</sup>

Contudo, mesmo conferindo a posse o caráter de direito, Ihering afirma que este instituto deve servir a um bem maior, qual seja, a proteção da propriedade. Para ele, a proteção possessória é vista como um complemento indispensável da propriedade, uma vez que o direito de propriedade sem ação possessória para defender o possuidor de possíveis esbulhos, turbações ou ameaças seria a mais imperfeita coisa do mundo.<sup>158</sup> Assim, a ação possessória é vista como a propriedade na defensiva, e a reivindicação na ofensiva, justamente devido ao fato da posse ser considerada como a exteriorização da propriedade, que o direito deve proteger.

---

<sup>153</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>154</sup> IHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. 2.ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 57.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>156</sup> AZEVEDO, op. cit.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> IHERING, op. cit.

O que se protege na posse não é simplesmente o estado de fato como tal, mas um estado de fato que pode ter como fundamento um direito, e que, por consequência, pode ser considerado como o exercício ou a exteriorização de um direito, mais precisamente, o direito de propriedade.

A sua teoria pode ser resumida da seguinte forma, só há posse onde pode haver propriedade, a posse e a propriedade andam de mãos dadas, a falta de capacidade, na pessoa ou na coisa, para gerar uma relação de propriedade, implica na falta idêntica a respeito da posse<sup>159</sup>. O que importa para Ihering é a utilização econômica da propriedade, a destinação das coisas, a forma econômica de sua relação exterior com a pessoa.

Portanto, para Ihering, protege-se a posse porque ela é a exteriorização do direito da propriedade. A proteção possessória somente se dá no fim último da propriedade, e para facilitar-lhe a prova. O interesse que decorre da vontade é juridicamente protegido, alçando assim, a posse ao nível de relação jurídica, mas apenas em homenagem ao direito de propriedade.<sup>160</sup>

Contudo, o fato do possuidor agir semelhantemente ao proprietário não impede a inversão da sentença, ou seja, de que o proprietário deve atuar semelhantemente ao atuar de um possuidor e nem a desconsideração de força própria na posse por si mesmo, tendo em vista que a coisa somente poderá alcançar sua finalidade social se estiver sendo efetivamente utilizada por quem estiver na posse da mesma.

### **2.1.3 A apropriação econômica da posse segundo Saleilles**

Atento às teorias subjetiva e objetiva da posse, mas desconforme com elas, Raymond Saleilles acabou por estabelecer a teoria da apropriação econômica para explicar o fenômeno da posse. Não se pode deixar de observar que Ihering, de certa forma, assim também viu os atos possessórios, como tendentes a dar à coisa uma destinação econômica, mas em Saleilles o atingimento da finalidade econômica é a própria realização do *corpus*, de tal sorte que, enquanto em Ihering a posse é uma relação de apropriação jurídica, em Saleilles a posse é um

---

<sup>159</sup> IHERING, op. cit.

<sup>160</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.



fenômeno de apropriação econômica, de onde se depreende a separação entre posse e propriedade.

Para Saleilles, a posse não é protegida apenas como salvaguarda do direito de propriedade, e sim, refere-se a uma vontade da pessoa que deve ser respeitada pela necessidade de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, estando de acordo com os costumes e a opinião pública. Segundo o autor, “é possuidor aquele que mantém com a coisa uma relação que, segundo o costume e a opinião pública, deva ser respeitada uma vez que vem sendo utilizada de forma a beneficiar o possuidor<sup>161</sup>”.<sup>162</sup> (tradução livre)

A posse, na concepção de Saleilles, verdadeiramente se concretiza à medida que a relação de fato estabeleça a independência econômica do possuidor, ou seja, possuir é utilizar economicamente a coisa para o cumprimento de um fim individual.<sup>163</sup> Cabe destacar que ao permitir a satisfação de suas ânsias individuais, o instituto da posse também contribui para a coletividade ao cumprir com sua finalidade social, uma vez que atua de forma concreta na diminuição das desigualdades sociais, garantindo o acesso de todos à moradia e ao trabalho.

Analisando o conceito de posse na teoria da apropriação econômica de Saleilles, Getúlio Targino Lima<sup>164</sup> assevera que:

O conceito de posse, assim, na teoria de Saleilles, está intimamente ligado à consciência social, elemento que permeia e envolve o possuidor e o poder de fato. Em uma palavra, o fator determinante da posse é o social, conquanto apresentado como fundamento à apropriação do bem. Assim, não há, na teoria da apropriação econômica, nenhuma vinculação ou sujeição da posse à propriedade.

Não se pode deixar de observar que a teoria de Saleilles – a posse como utilização econômica das coisas – tem alguns pontos em comum com a teoria objetiva de Ihering, como, por exemplo, ser a posse um poder de fato e não de direito sobre a coisa, além de não constituir o *corpus* e o *animus* elementos autônomos, base da teoria objetiva.

<sup>161</sup> Es possedor aquél que mantiene con la cosa una relación tal que, según lo costumbre y la opinión públicas, deba respetársele en la apropiación de su actividad para utilizar y beneficiarse de la cosa.

<sup>162</sup> SALEILLES, op. cit. p. 344.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel: implicações no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 38.

Entretanto, resta claro para Saleilles, e neste ponto a sua teoria perde qualquer nexo de conexão com a teoria de Ihering, que a posse não é protegida por ser a exteriorização do direito de propriedade, mas sim, em homenagem à posse por si mesma, uma vez que ela constitui um verdadeiro vínculo social e econômico na medida em que permite às pessoas obterem uma vida digna pelo seu próprio trabalho, diminuindo, assim, a desigualdade social.

Importa destacar a análise feita por Saleilles<sup>165</sup> do elemento *corpus* na configuração da posse:

Afirmo, portanto, que o que constitui o *corpus* possessório é um conjunto de fatos suscetíveis de mostrar uma relação permanente de apropriação econômica, um vínculo de exploração da coisa posta ao serviço do indivíduo, entre aquele a quem os fatos se referem e a coisa que este tem por objeto<sup>166</sup>. (tradução livre)

Pela importância da relação possessória e da sua independência com relação ao direito de propriedade, escreve Saleilles<sup>167</sup>: “A posse foi protegida desde a antiguidade, não como vanguarda do direito de propriedade ou dos direitos adquiridos, mas como vanguarda dos direitos que poderiam ser conquistados<sup>168</sup>” (tradução livre)

Nesse sentido, explica o autor que o criado que detém a coisa que seu amo lhe confiou, assim como aquele que hospeda um amigo detém os objetos que o hóspede trouxe consigo, mas nenhum deles, o criado ou o amigo, possui tais coisas, porque nenhum deles incorporou-as economicamente para um fim individual. É evidente que este fim individual tem que ter pertinência com a moral e com a vida coletiva, já que a vontade subjetiva individual na posse, para Saleilles, é substituída por uma consciência coletiva. Por isso a posse assume em Saleilles uma importância muito maior do que aquela que lhe atribuíram Savigny e Ihering.

A teoria de Saleilles – ao contrário daquela de Savigny, que reduziu o instituto da posse ao estado de inércia da propriedade, exigindo para aquela um *animus* especial diverso daquele da detenção, qual seja, o *animus domini*, e ao contrário daquela de Ihering, que confinou a posse à exteriorização do direito de propriedade, colocando-a numa espécie de

---

<sup>165</sup> SALEILLES, op. cit. p. 160.

<sup>166</sup> Afirmo, por consiguiente, que lo que constituye el *corpus* posesorio, es un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquél á quien dichos hechos se refieren, y la cosa que éstos tienen por objeto.

<sup>167</sup> SALEILLES, op. cit. p. 343.

<sup>168</sup> La posesión ha sido protegida de antiguo, no como vanguardia de la propiedad ó de los derechos adquiridos, sino como vanguardia de los derechos conquistables em lo porvenir.

estado latente, senão de inércia, mas de sujeição – surge como uma teoria capaz de libertar a posse do seu confinamento jurídico ao direito de propriedade, restituindo a sua finalidade econômica e social imanente e dependente apenas dos costumes sociais e das diferentes relações jurídicas que unem a pessoa à coisa por ela explorada.<sup>169</sup>

Esta atribuição da posse, segundo os costumes de uma determinada época, naturalmente depende de uma visualização do instituto através de sua importância econômica e social, e indubitavelmente amplia o instituto da posse de acordo com o progresso dos costumes e das necessidades econômicas de uma determinada região.

Para Saleilles<sup>170</sup>, a posse tem autonomia em função da satisfação das necessidades da pessoa:

A posse é o domínio da propriedade individual, no sentido amplo da palavra, para além dos limites estritos do *dominium*; foi protegida para defender os interesses econômicos das pessoas que desfrutavam de uma apropriação que era considerada suficiente, sem ter em conta o *dominium*, e, por vezes, para conseguir ampliar a propriedade ou atenuar o seu rigor; é a vingança contra o direito, ou se preferir é o terreno de onde nascem novos direitos individuais opostos ao direito absoluto inflexível e rígido da antiga propriedade dos romanos<sup>171</sup>. (tradução livre)

Percebe-se que o elemento *corpus* para Saleilles é a manifestação externa, não do direito de propriedade conforme exposto por Ihering, em lição que se notabilizou, inspirando códigos e juristas, mas da exploração econômica da coisa capaz de satisfazer as necessidades daquele que a tem sob sua dependência.

A relação econômica estabelecida entre o possuidor e a coisa possuída exige, necessariamente, uma consciência social, que é de tal importância para a pessoa no ambiente social que se projeta exteriormente também no aspecto da legitimidade da proteção à posse como um direito decorrente apenas da posse em si mesma e não em homenagem ao direito de propriedade.

---

<sup>169</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>170</sup> SALEILLES, op. cit. p. 331-332.

<sup>171</sup> La posesión es el campo de la apropiación individual, en el amplio sentido de la palabra, fuera de los límites severos del *dominium*; fue protegida para defender los intereses económicos de cuantos disfrutaban una apropiación que se reputaba suficiente, sin tener para nada en cuenta el *dominium*, y á veces para conseguir ampliar la propiedad ó atenuar su rigor; es la revancha contra el derecho, ó si se quiere el terreno donde germinaron nuevos derechos individuales opuestos al derecho absoluto inflexible y rígido de la antigua propiedad romana.

Portanto, o conceito econômico da posse vem substituir o conceito jurídico da mesma. A posse deve ser vista como a apropriação econômica das coisas – porque todo aquele que utiliza uma coisa de modo pacífico e sem oposição, preenche uma função útil em si, que traz benefícios para ele, sua família e também para a comunidade a que pertence –, sem relação alguma com um possível direito já existente sobre a coisa possuída. De tal forma, pode ser resumida a concepção social da posse em Saleilles.

## 2.2 A realidade fática como caracterização da posse

É importante ressaltar que a posse, um tema tão antigo quanto atual, mas no qual não se percebem grandes alterações na sua dogmática, produzindo de regra uma mesmice em cada tempo, salvo algumas exceções – entre as quais, a redução dos prazos para a usucapião quando houver moradia e desenvolvimento de atividade socialmente relevante sobre o bem, introduzida pelo Código Civil de 2002 –, sendo que tal mesmice impede o reconhecimento do importante instrumento que é a posse para atingirem-se os valores fundamentais do sistema constitucional brasileiro.<sup>172</sup>

A percepção desta mesmice que acomete o instituto da posse em cada tempo não passou despercebida por Hernández Gil, haja vista que com frequência se constata as novas tendências ou as novas doutrinas da propriedade, do contrato, da relação de trabalho, da sociedade anônima e, assim, até o infinito. Nesse sentido, indaga: “O que há de novo na posse? Não se trata de repudiar os esquemas tradicionais romano-germânico-canônicos. Se trata tão somente de verificar até que ponto os mesmos seguem sendo receptores da realidade social<sup>173</sup>”,<sup>174</sup> (tradução livre)

Segundo o próprio Hernández Gil<sup>175</sup> “surpreende que a posse, com um conteúdo fático tão forte, ou seja, de acontecer vital, se mostre de maneira tão estática nos livros e nos Códigos<sup>176</sup>”. (tradução livre)

<sup>172</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2007.

<sup>173</sup> ¿Cuál es lo nuevo en la posesión? No se trata de repudiar los esquemas tradicionales romano-germano-canónicos. Se trata tan sólo de ver hasta qué punto siguen siendo receptores de la realidad social.

<sup>174</sup> GIL, Antonio Hernandez. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1969, p. 90.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Sorprende que la posesión, con tan fuerte contenido de hecho, es decir, de acontecer vital, se muestre como estatificada en los libros y en los Códigos.

Em que pese à teoria da apropriação econômica da posse formulada por Saleilles, depois dos estudos de Savigny e Ihering, parece que pouca coisa mudou. Alguns sistemas adotaram a teoria subjetiva cujo expoente mais conhecido é o primeiro referido; outros sistemas adotaram as idéias do segundo e, outros ainda, como o sistema jurídico brasileiro, também adotaram as idéias do segundo, mas não integralmente, formando um sistema híbrido, uma vez que também acolheu as idéias do primeiro.<sup>177</sup>

Por sua vez, Pontes de Miranda afirma que a sistemática da posse e de sua proteção ficou muito prejudicada através dos séculos, principalmente num período em que o autor chama de “teorizante”, quando os autores buscavam arquitetar com os textos romanos ou sem o fundo filosófico necessário “as teorias da posse”. Ainda, no entendimento de Pontes de Miranda, “não há outra teoria verdadeira da posse que a do sistema jurídico que ele contempla. *De lege ferenda*, pode o jurista sugerir outra teoria, ou alteração, mas a mistura das duas atitudes é perniciosa para a ciência e para a vida”.<sup>178</sup>

Acerca das fontes romanas utilizadas para formular as teorias possessórias, Jacques Távora Alfonsin questiona se não “é o caso de se perguntar se os posicionamentos de Ihering e Savigny sobre as mesmas esgotaram as possibilidades de explicação jurídica da posse ou se as radicais mudanças históricas, havidas desde então”, não somente no que diz respeito às coisas possuídas, mas também em relação às pessoas, “não comportam releitura daqueles tipos hermenêuticos ou mesmo nova postura interpretativa de um fenômeno como o da posse, cuja densidade fática e jurídica ninguém contesta”.<sup>179</sup>

Cabe ressaltar que ao sustentar a teoria da apropriação econômica, Saleilles efetuou uma releitura do instituto jurídico da posse, sem alcançar, contudo, à mesma notoriedade das teorias de Savigny e Ihering. Nesse sentido, Hernández Gil<sup>180</sup> salienta que a posse:

É a instituição de maior densidade social, pois expressa de maneira primária a proteção do homem em relação ao exterior; é uma instituição tão apoiada na

---

<sup>177</sup> TORRES, op. cit.

<sup>178</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. v.10. Campinas: Bookseller, 2001, p. 9.

<sup>179</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade: apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *Questões agrárias*. São Paulo: Método, 2002, p. 12.

<sup>180</sup> GIL, op. cit. p. 105.

realidade social que sua ordenação jurídica pode ser considerada como incipiente.<sup>181</sup> (tradução livre)

Ainda, segundo o referido autor, as constantes referências à posse como um simples estado de fato que se tutela sem se considerar a própria legalidade da mesma, por razões que remetem a uma convivência pacífica entre as pessoas, faz pensar que a posse é uma instituição diretamente enraizada na realidade social.<sup>182</sup>

Como se vê, não há dúvidas de que o instituto da posse é portador de uma função social latente, intimamente ligada com a realidade fática vivenciada por milhares de pessoas que necessitam de um “pedaço de terra” para poder se abrigarem e produzir o alimento de seu sustento e de seus familiares.

A noção de posse surge, necessariamente, de si mesma como forma de apossamento de bens. Assim, para uma pessoa demonstrar que é possuidora, basta demonstrar o seu vínculo com a coisa pretendida. Ou seja, ela deverá estar utilizando o bem e encontrar-se numa relação dinâmica com o mesmo. Neste aspecto, não importa se a utilização do bem advenha de um título ou se é resultado de um fato, o importante para a teoria possessória é que a pessoa efetivamente utilize o bem com um fim social e econômico.

Conforme Marco Aurélio da Silva Viana, dizer que o possuidor é quem tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio “é uma visão tímida, que submete a posse à propriedade, em abordagem que se cristalizou no direito romano, quando lá a posse tinha razões históricas e práticas diversas da que informa o mundo moderno”.<sup>183</sup> Viana<sup>184</sup> arremata:

A posse é uma forma de apropriação de bens, que se caracteriza e justifica, não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta [...]. Há uma realidade de fato que, com freqüência, se move ao lado dos esquemas abstratos da lógica, e que impõe ao Direito a necessidade de legitimar certas situações aparentes dotando de alguma eficácia. O Direito não se move apenas no leito da lógica jurídica. Intuitivamente o homem percebe que a riqueza tem um sentido social também. E, entre quem utiliza, dá ao bem uma destinação econômico-social, e

---

<sup>181</sup> Es la institución de mayor densidad social en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior; y es un institución tan apoyada en el acontecer social que su ordenación jurídica resulta en cierto modo como incipiente.

<sup>182</sup> GIL, op. cit.

<sup>183</sup> VIANA, Marco Aurélio da Silva. Curso de direito civil – Direito das coisas. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993, p. 50.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 50-51.

aquele que, tendo título, mantém-se inerte, a consciência social faz opção pelo que atende aos anseios sociais.

Como se vê, é intrínseco ao instituto da posse o fato do possuidor estar vinculado a utilização da coisa, assim, ao possuí-la e tirar-lhe proveito, a pessoa estará dando uma destinação adequada ao bem. É exatamente o fato de possuir e utilizar um determinado bem que legitima a posse, sendo que somente através da posse é possível o exercício e desenvolvimento da atividade humana sobre o solo.

Nesse sentido, cabe ressaltar os ensinamentos de Ana Rita Vieira Albuquerque<sup>185</sup>:

A posse, como instituto jurídico, tem a sua legitimidade na lei, mas também no fato social, porque decorre da natureza humana, preexistindo à lei. Isso determina a necessidade de o homem aproveitar a terra pelo seu próprio esforço através da ocupação originária. Assim é que constitui a ocupação, como posse de *res nullius*, uma das teorias na qual se fundamenta a propriedade.<sup>186</sup>

Logo, a questão da função social da posse está eminentemente voltada não só para o conceito de posse e sua natureza jurídica, como também para o seu dever social frente à realidade brasileira, exigindo, portanto, um aprofundamento do julgador nas exigências da justiça, com a aplicação de uma metodologia que busque entender o conceito de função social, sempre tendo em vista a efetiva realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca da importância dos princípios fundamentais da Constituição Federal brasileira, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, Peixinho<sup>187</sup> aduz que:

<sup>185</sup> ALBUQUERQUE, op. cit. p. 15.

<sup>186</sup> Importa ressaltar o posicionamento de Ricardo de Ángel Yágüez ao dizer que “a posse é uma forma de apropriação dos bens, que se caracteriza e justifica, não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta. A disciplina da propriedade é uma das formas que dispõe o ordenamento jurídico para que o tráfico social encontre desenvolvimento capaz de assegurar o equilíbrio, a harmonia e a paz indispensáveis à vida da coletividade. Se não tivesse essa disciplina, se não fosse criado o título, seu registro – no caso de imóveis –, viveríamos em constante instabilidade. E dentro de uma visão individualista, a propriedade acabou por se bastar a si mesma. A legitimação decorrente do título seria o limite ideal. Ocorre que a par dessa relação, caminhando a seu lado, mas sem se confundir com ela, vamos encontrar situações de fato, ou seja, casos em que o bem fica submetido a alguém sem título. Há uma realidade de fato que, com frequência, se move ao lado dos esquemas abstratos da lógica, e que impõe ao Direito a necessidade de legitimar certas situações aparentes dotando-as de alguma eficácia” (YÁGÜEZ, Ricardo Angel. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1982, p. 22).

<sup>187</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais. Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003, p. 139.

A utilização desses princípios significa que o intérprete da lei não está condicionado a uma atuação meramente formal de simples aplicador do direito. Assim, tanto as normas constitucionais, quanto à legislação infraconstitucional, estão vinculadas aos princípios fundamentais de determinada Constituição como fonte primária e orientadora da interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Para Hernandez Gil, a função social da posse pode ser compreendida sob dois aspectos: em um primeiro sentido, como um componente social, a ordenação jurídica deve ser o expoente da realidade social, sendo que este aspecto estará assegurado em uma sociedade na qual estejam garantidos mecanismos democráticos de elaboração das leis. O segundo sentido, em que o próprio reconhecimento da função social possessória tende a modificar as estruturas sociais e, conseqüentemente, influenciará nas mudanças das estruturas jurídicas.<sup>188</sup>

A chamada dimensão sociológica da posse ampara e realça a posse contra o título; destaca a posse em sua legitimidade fundada na utilização, na destinação útil que sobrepõe a posse ao título de propriedade, sustentáculo da ociosidade especulativa; escapando do dilema “posse de direito” ou “posse de fato”, para afirmar a posse como situação jurídica.<sup>189</sup>

Saleilles, no estudo em que analisou a teoria possessória no Código Civil Alemão, salienta que há estados de fato que se defendem, que vem a ser o embrião dos direitos que se constroem, todos de valor social, no ponto de vista da ordem e do exercício das iniciativas individuais, constituindo estes fatos um elemento da ordem social.<sup>190</sup>

O importante, segundo Marcos Alcino de Azevedo Torres, é saber quando uma situação desse gênero será uma relação de fato em harmonia com o estado social e constituinte, ou seja, um estado normal do indivíduo em relação à vida coletiva. É justamente esta relação normal da pessoa com as coisas que constituirá a posse.<sup>191</sup>

A importância social da posse implicará, então, à medida que a opinião comum do grupo social entende que deve ser respeitada. Aquele que é possuidor, aduz Saleilles<sup>192</sup>, que está com a coisa em uma relação tal que, baseada no uso e na opinião comum, deve ser

---

<sup>188</sup> GIL, op. cit.

<sup>189</sup> TAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função social da propriedade rural*: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2000.

<sup>190</sup> SALEILLES, op. cit.

<sup>191</sup> TORRES, op. cit.

<sup>192</sup> SALEILLES, op. cit. p. 344



respeitado na apropriação de sua atividade, a utilização e a exploração da coisa, apresentando a seguinte distinção entre posse e detenção<sup>193</sup>:

A detenção não é outra coisa senão o exercício de um poder material: assim, possuir é o desfrute normal pelo qual um membro de um organismo social deve utilizar as coisas conforme o seu destino. [...] Deter, portanto, é exercitar um poder material, porém sem haver incorporação econômica. Possuir é utilizar economicamente as coisas para o cumprimento de nosso fim individual.<sup>194</sup> (tradução livre)

Ainda, segundo Saleilles, não basta para caracterizar a relação possessória o simples contato corporal com a coisa, nem o título jurídico em que ela se funda. A relação possessória é um todo complexo que inclui ambos os elementos como fatores reais da situação econômica e social daquele que a exerce, sendo que todo ato útil e pacificamente realizado “conforme os ditames da ordem social é um direito nascente, e não pode ceder senão ante um direito anterior, mais forte e mais integralizado<sup>195</sup>”.<sup>196</sup> (tradução livre)

A contextura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está centrada na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa que está a sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. É imperativo desenvolver uma conduta que atenda ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem.

Nesse sentido, enquanto a propriedade é uma figura abstrata, a posse é algo concreto<sup>197</sup>, que decorre da necessidade de se ter uma moradia ou uma terra para nela trabalhar e dela retirar o seu sustento e o sustento de seus familiares.<sup>198</sup>

<sup>193</sup> Aduz Viana, que a distinção entre posse e detenção “reside na relação interna que vincula o possuidor e o detentor. Essa relação, que dá o perfil da subordinação, dificilmente é revelada aos olhos de terceiros. Se alguém vê o empregado que toma conta de uma propriedade agrícola, atendendo a ordem do titular do domínio, no caso o seu patrão, não saberá se ele é possuidor ou detentor. Há uma relação de dependência entre eles que afasta a posse. O detentor não utiliza o bem, ou seja, não lhe tira qualquer proveito direto. O benefício que lhe advém tem fonte e origem no vínculo de subordinação, na relação de dependência com o possuidor. Assim, o perfil da detenção vai encontrar seu traço característico nessa relação interna, vale dizer, nessa relação de dependência, nesse vínculo de subordinação” (VIANA, op. cit. p. 52-53).

<sup>194</sup> Detentar no es más aún que ejercitar un poderío material: asir; poseer es el disfrute normal com que un miembro del organismo social debe gozar de las cosas conforme á su destino. [...] Detentar, por consiguiente, es ejercitar un poder material; pero no una incorporación económica. Poseer es asignar económicamente las cosas para el cumplimiento de nuestro fin individual.

<sup>195</sup> Conforme en la apariencia con el orden social, es ya un derecho naciente, y no puede ceder sino ante un derecho anterior, más enérgico y más integralizado.

<sup>196</sup> SALEILLES, op. cit. p. 397.

<sup>197</sup> Albuquerque traduz bem a importância do instituto da posse como fato concreto ao afirmar que “ao contrário do direito de propriedade, a posse não foi criada com o intuito de constituir uma soberania privada, opondo ao Estado uma resistência acima do direito de igualdade, pois o direito de posse sempre se coadunou com os interesses vitais da sociedade, que o reclama frente à necessidade de um uso útil a seu titular sem resultar prejuízos a qualquer membro da sociedade” (ALBUQUERQUE, op. cit. p. 14).

<sup>198</sup> TANAJURA, op. cit.

A posse, conforme explicitado por José Heder Benatti<sup>199</sup>, é um fenômeno real, visível e tangível que abriga interesses sociais e econômicos, sendo que:

Sua manifestação, enquanto fato social, é de uma realidade diretamente apreensível, por isso mesmo, ela tem uma consistência social muito mais acurada, enquanto que a propriedade tem um substrato jurídico predominantemente econômico-político. A posse surge na história da humanidade séculos antes da construção abstrata do conceito de propriedade.

Acerca da conjunção entre os institutos da posse e da propriedade, Marco Aurélio Viana afirma que “posse e propriedade eram noções distintas nas fases pré-clássica e clássica do direito romano. Sua conjugação se fez quando desapareceu a distinção entre direito pretoriano e direito quirritário”. Assim, a impossibilidade de se adquirir “a propriedade quirritária levava à transferência da posse que, posteriormente, admitia a aquisição da propriedade, pelo decurso do tempo, tendo por elemento psíquico o *animus domini*”.<sup>200</sup>

A posse civil levava a esse caminho. O proprietário quirritário continuava com a *nudus dominitium*, cabendo o domínio útil ao adquirente, que tinha o uso e gozo do bem. Surgiu, então, uma ligação entre posse e propriedade. O proprietário pretoriano era proprietário porque passava a dono da coisa, e era possuidor, porque utilizava o bem. A posse vinculava-se diretamente à utilização da coisa. Quando se falava em posse do proprietário era no sentido de que ele efetivamente usava e gozava a coisa, em contraposição ao proprietário quirritário. É na época pós-clássica que assistimos à conjugação da *possessio* com a *proprietas*.<sup>201</sup>

Nesse sentido, percebe-se que historicamente a posse tem um caráter dinâmico. Quem possui está extraindo os serviços que o bem oferece, está tendo benefício pela produtividade que impõe à coisa, assim como, está beneficiando a coletividade. Sua característica fundamental reside no fato de o possuidor estar vinculado à utilização do bem. E ela é que legitima a posse.

Por outro lado, cabe ressaltar que só existe posse com função social e, portanto, merecedora de proteção por parte do Direito, quando o possuidor exerce a posse de forma qualificada, sendo que tal fenômeno de regra só ocorre quando o titular do direito descuidou-

<sup>199</sup> BENATTI, José Heder. *Posse agroecológica & manejo florestal*. Curitiba: Juruá, 200, p. 73.

<sup>200</sup> VIANA, op. cit. p. 41-42.

<sup>201</sup> Ibidem.

se da coisa, a ponto de deixar de fazê-la cumprir com sua função social, razão de atribuição do próprio direito na visão de León Duguit.<sup>202</sup>

Dessa forma, o reconhecimento do fator social presente na posse permite uma visão mais ampla do seu instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos, principalmente em relação à propriedade. Dar autonomia a posse, significa nos dizeres de Luiz Edson Fachin<sup>203</sup>:

Constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não-proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: *é uma concessão à necessidade.*

A visibilidade que existe na posse é dela mesma e não da propriedade, uma vez que em várias situações o possuidor não é proprietário e não tem qualquer vínculo com o proprietário do bem. Na verdade, a propriedade sem a posse é uma instituição vazia de conteúdo, salvo nas hipóteses em que a posse foi cedida pelo proprietário em razão de algum interesse econômico ou social.

A improdutividade de um bem cria um vazio econômico e social criando, nos dizeres de Viana, “uma zona nebulosa, que contribuirá sensivelmente para a turbulência”. Sendo que o social não significa o aniquilamento do direito do proprietário, mas apenas “que a apropriação e utilização dos bens encontra sua legitimidade no uso que os torna produtivos”.<sup>204</sup>

Disso resulta que, segundo entendimento de Torres, de nada adianta alguém adquirir formalmente a propriedade se por algum motivo ficar impedido de exercer indefinidamente a posse, salvo se houver alguma contrapartida do possuidor ou a perspectiva de recuperação do bem adquirido em algum momento. A posse exige a utilização efetiva do bem, conforme a sua

---

<sup>202</sup> DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Público y Privado*. Tradução do Francês por Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

<sup>203</sup> FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21.

<sup>204</sup> VIANA, op. cit. p. 47.

destinação econômico-social, isto é, no seu estado normal de servir as pessoas, tornando-o útil, retirando-lhe o proveito.<sup>205</sup>

Acerca da importância do instituto da posse no que diz respeito à utilização efetiva da coisa, cabe ressaltar o posicionamento de Albuquerque<sup>206</sup>:

A função social da posse, mais do que responder ao problema da justiça no Direito e sua concretização ser um modo eficaz de se atender à justiça distributiva, é essencial à compreensão de que os interesses e as forças econômicas não podem superar o plano jurídico, sob pena de verdadeiro caos social. Por isto, a necessidade de compreensão do plano jurídico não só através da norma, mas também do fato social.

A idolatria que sempre cercou o domínio<sup>207</sup> prejudica sensivelmente o instituto da posse, uma vez que o mesmo acaba sendo relegado para uma posição secundária, o que é um equívoco, porque do ponto de vista econômico-social, muitas vezes a posse é mais significativa do que a propriedade, pois implica em circulação de riqueza – não somente em favor do possuidor, mas de toda a coletividade –, decorrente da utilização real e decisiva do bem.<sup>208</sup>

Assim, conforme os ditames presentes na Constituição Federal, o Direito não pode mais tutelar aquele proprietário que mantém sua propriedade inerte, embasando seu direito no título formal de aquisição da propriedade, deve sim, atender aos anseios sociais de justiça distributiva, garantindo que os interesses econômicos não sobrepujam aos interesses sociais.

Nesse sentido, Hernandez Gil salienta que o problema crucial na posse não é a tutela dos possuidores e sim a possibilidade de acesso a ela por todos, não tendo sido suficiente, para facilitar tal acesso, a obrigatoriedade da propriedade privada cumprir com uma função social. Há, ainda conforme o referido autor, uma contradição entre a função social e a propriedade. A coerência entre posse e função social é superior e fortalece tudo que a posse tem de imprescindível. E arremata: “a propriedade – e notadamente a propriedade privada – é

---

<sup>205</sup> TORRES, op. cit.

<sup>206</sup> ALBUQUERQUE, op. cit. p. 203.

<sup>207</sup> Viana salienta que “essa preocupação excessiva com o domínio vem refletida nas doutrinas subjetiva e objetiva. A primeira, ao falar na intenção de dono; a segunda, ao sustentar que a posse é a visibilidade, a exterioridade do domínio. Todas as duas concebem a posse em função da propriedade. Pensamos que seja necessário desvincular os dois institutos. Entendemos que o possuidor atua como deveria atuar o proprietário. Temos uma subversão de princípios, em que a propriedade para acima de tudo” (VIANA, op. cit. p. 44).

<sup>208</sup> VIANA, op. cit.

um instituto jurídico de um substrato predominantemente econômico-político. A posse tem uma consciência social muito mais acentuada<sup>209</sup>,<sup>210</sup> (tradução livre)

O proprietário, segundo Carlos Frederico Marés, tem a obrigação de dar uma destinação social ao seu bem, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito. Ou seja, o proprietário que não obra no sentido de fazer cumprir a função social de sua terra, perde-a, ou não tem direito a ela. Ou, dito de forma mais concorde com a Constituição, não tem direito à proteção, enquanto não faz cumprir sua função social.<sup>211</sup> E arremata:

O proprietário da terra cujo uso não cumpre a função social não está protegido pelo Direito, não pode utilizar-se dos institutos jurídicos de proteção, com as ações judiciais possessórias e reivindicatórias para reaver a terra de quem as use, mais ainda se quem as usa está fazendo cumprir a função social, isto é, está agindo conforme a lei.<sup>212</sup>

Da mesma forma é o entendimento de Viana, para quem proteger o proprietário – que não dá uma destinação social a sua propriedade –, por meio dos interditos é um equívoco científico. Segundo o autor, não se pode tutelar a posse de quem efetivamente não é possuidor, uma vez que o fato de alguém ser titular do domínio não implica em posse da coisa. É possível que se fique apenas no estado potencial.<sup>213</sup>

Ou seja, o proprietário é titular do direito de usar e gozar<sup>214</sup>, segundo os ditames do Código Civil de 2002, mas pode não utilizar a sua propriedade, não extraindo os serviços que o bem oferece. Assim, aduz Viana, não houve posse, que reclama uma atitude dinâmica por parte do possuidor. Sendo que se outra pessoa agiu nesse sentido, ela é quem merece a tutela por meio dos interditos.<sup>215</sup>

Em voto vencido que proferiu no julgamento de Mandado de Segurança do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o juiz Márcio Puggina afirmou que a função

---

<sup>209</sup> La propiedad – y señaladamente la propiedad privada – es el precipitado jurídico de un substrato predominantemente económico-político. La posesión tiene una consistencia social mucho más acusada.

<sup>210</sup> GIL, op. cit. p. 8-9.

<sup>211</sup> MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

<sup>212</sup> Ibidem. p. 117.

<sup>213</sup> VIANA, op. cit.

<sup>214</sup> Aduz Viana que “o proprietário, por sê-lo, já está investido no direito de utilizar a coisa, embora não esteja obrigado a fazê-lo. Pode não exigir os serviços, mas é titular do direito de reclamá-los por força do título. Existe um estado potencial. O não-proprietário enfrenta situação diversa. O uso e gozo decorre de um fato, que conhece efeitos jurídicos. A tutela jurídica só surge se ele utiliza” (VIANA, op. cit. p 42).

<sup>215</sup> VIANA, op. cit.

social da propriedade relaciona-se diretamente com a posse. Ter a propriedade função social significa o efetivo exercício fático de uma ação (função) social e exercer de fato alguma ação sobre a propriedade nada mais é do que o próprio conceito de posse. Logo, a função social da propriedade é a própria posse como o fato socialmente relevante exercido sobre a propriedade.<sup>216</sup>

Importa ressaltar que não há possibilidade de choque entre propriedade com função social e posse com função social, haja vista que a função social da primeira se exerce através da segunda, conforme manifestou-se o juiz Márcio Puggina em seu voto vencido, acima parcialmente transcrito. Portanto, conforme explicitado por Torres, para o proprietário estar cumprindo função social, é porque a posse-conteúdo do bem objeto do seu direito está com função social.<sup>217</sup>

Antes e acima de tudo, aduz Fachin, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de dar uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todas as pessoas, e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada.<sup>218</sup>

Dessa forma opera-se uma mudança tanto na concepção do instituto jurídico da posse como de sua efetiva aplicação, passando a ser vista por ela mesma. Como uma necessidade da pessoa com a posse das coisas, como uma forma da necessidade de uma posse dinâmica e útil para proveito da sociedade.

Contudo, importante destacar o posicionamento de Torres<sup>219</sup> ao afirmar que não é toda a ocupação que merece tutela jurisdicional em detrimento à propriedade privada. Assim manifestou-se o autor:

Não cumpre função social a ocupação que não produz, na posse urbana, moradia e habitação, indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas do cidadão e de sua família, e na posse rural a que produza moradia, habitação e bens (se o espaço ocupado permitir) para garantir subsistência da família ou do possuidor se não tiver família constituída. Moradia, habitação e produção de

---

<sup>216</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Quarta Câmara Cível. Mandado de Segurança nº 195050976. Rel. p/acórdão Des. Moacir Haeser. Ementa do voto vencido juiz Márcio Puggina. Revista de Julgados do TA do RGS nº 97, p. 2261 apud TORRES, op. cit. p. 374.

<sup>217</sup> TORRES, op. cit.

<sup>218</sup> FACHIN, op. cit.

<sup>219</sup> TORRES, op. cit. p. 313.

alimentos são elementos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade humana.

A posse qualificada pela função social exige o exercício contínuo da utilização do bem. Não se mostrando razoável o comportamento de alguém que, encontrando determinada área de terra desocupada a invada com a única intenção de após determinado período de tempo, usucapi-la, transformando-a, através de posse sem função social, em propriedade para posterior alienação e enriquecimento. Não há, nessa hipótese, posse funcionalizada, o que impede o reconhecimento da usucapião.

Em contrapartida, não é difícil constatar quando a posse está sendo exercida com função social, pois a visibilidade natural dos atos praticados com finalidade de moradia, plantação e conservação é facilmente perceptível. Quem levanta construção que serve de moradia, quem planta para extrair sua subsistência e de seus familiares ou ainda quem conserva uma determinada área de terra nativa tem presunção evidente de exercer posse com função social e, portanto, merece ser mantido na mesma.<sup>220</sup>

Dessa forma, havendo uma efetiva utilização do bem através da posse, que beneficie não somente o possuidor, que dela retirará seus frutos para o seu sustento e de sua família, mas também beneficie toda a coletividade, reduzindo a desigualdade social e aumentando a justiça distributiva, não há dúvidas de que o instituto da posse efetivamente desempenha uma função de extrema importância para o efetivo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O direito de posse, pela sua utilidade social, representa antes de tudo o direito à igualdade, uma necessidade da natureza humana não só de liberdade, mas também de a pessoa obter a terra pelo seu próprio trabalho, aproveitando os recursos dela e ainda tirando-lhe os frutos para si e para a sociedade.

### **2.3 Função social da posse: condição de eficácia de direitos humanos fundamentais**

A função social da dogmática jurídica é o resultado da preocupação metodológica já presente no século XIX, mas que se acentuou no século XX, com a crise do positivismo e da

---

<sup>220</sup> TORRES, op. cit.

jurisprudência dos conceitos na Alemanha e da escola da exegese na França, reflexo da crise espiritual da sociedade européia depois da primeira grande guerra. A partir de então, já não bastava a preocupação com a completude através de conceitos abstratos, mas a construção da dogmática conectada às diferenças conceituais, como também à concepção do Direito dentro de uma realidade social.<sup>221</sup>

Alguns autores falam em simples humanização do direito, outros classificam essa mudança como democratização ou socialização do direito. Contudo, o importante é que o pensamento jurídico evoluiu no sentido de consagrar a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais, prova disso é a Constituição Federal brasileira de 1988. Assim, o direito vem sofrendo transformações radicais na medida em que tenta conciliar a liberdade da pessoa com a justiça social.

Tal transformação é retratada pelos ensinamentos de Duguit<sup>222</sup>, que assim manifestou-se sobre a supremacia dos interesses sociais aos individuais:

É colocado que a noção de direito subjetivo é uma noção de ordem metafísica que não pode subsistir em nossa época, que a concepção individualista contém uma contradição em si, que o sistema jurídico estabelecido sob este duplo fundamento foi um produto contingente e momentâneo da história que em certa época respondeu a uma necessidade social, mas que hoje em dia seu reinado terminou. Também é dito que em todos os países modernos se elabora um novo sistema jurídico fundado em uma noção de ordem puramente realista e verdadeiramente socialista: a função social<sup>223</sup>. (tradução livre)

Contudo, cabe questionar em que consiste esta noção de função social trazida por Duguit. Segundo o autor, a pessoa não tem direitos, a coletividade tão pouco os tem. Porém, toda a pessoa tem na sociedade uma certa função a cumprir, uma certa tarefa que executar, não podendo deixar de executá-la porque sua abstenção ocasionaria uma desordem, até mesmo, um prejuízo social. Dessa forma, todos os atos realizados que forem contrários a

---

<sup>221</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>222</sup> DUGUIT, op. cit. p. 180.

<sup>223</sup> He anãdido que la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista contiene una contradicción em sí, que el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia que en cierta época ha respondido a una necesidad social, pero que hoy en día su reino ha terminado. También he dicho que en todos los países modernos se elabora un nuevo sistema jurídico fundado en una noción de orden puramente realista y verdaderamente socialista: la función social.



função social devem ser socialmente reprimidos, enquanto os que são realizados tendo em vista a missão social de determinada *res* serão socialmente protegidos e garantidos.<sup>224</sup>

Adotando o vocábulo social opõe-se ao individual, significando que a apropriação de bens e sua utilização não se realizam sem medida, não se manifestam ilimitadamente, segundo o critério único da pessoa, mas exigem, ao mesmo tempo, uma abordagem coletiva pelo detentor da riqueza.<sup>225</sup>

Assim, a configuração clássica do direito cede lugar a um novo modelo de instituto jurídico cujos valores e princípios norteadores estão elencados na Constituição, entre eles a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana<sup>226</sup>. Sendo o seu objetivo principal a construção de uma sociedade justa, reduzindo-se a desigualdade social e garantindo a toda pessoa o acesso à terra e à moradia.

Augusto Geraldo Teizen Júnior<sup>227</sup> defende a função social como forma de garantir a efetiva observância dos princípios constitucionais:

Essa função, essa atividade, desenvolvida pelo titular do poder, constitui-se antes, num dever, mais precisamente num poder-dever, em seu aspecto positivo, qual seja, o dever de fazer ou cumprir os limites estabelecidos pela norma ou lei; porém, esse conceito abstrato de função tem, como escopo perseguido pelo agente, um interesse alheio, e não o próprio interesse do titular do poder.

Da mesma forma, Duguit assevera que a pessoa tem o dever social de trabalhar, de desenvolver sua individualidade e cumprir com sua função social. Assim, o Estado não pode tomar medidas que limitem a atividade da pessoa exercida em vista desse fim; deve proteger todos os atos que tenham um fim social e reprimir todos aqueles que lhe sejam contrários.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> DUGUIT, op. cit.

<sup>225</sup> VIANA, op. cit.

<sup>226</sup> A respeito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a mesma é “compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44).

<sup>227</sup> TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

<sup>228</sup> DUGUIT, op. cit.

A dificuldade que a idéia do social produz é que situa o jurista em áreas que exigem outros conhecimentos, tais como o religioso, o político, o econômico, pois será um mediador entre o sistema de normas e o social, rompendo dessa maneira com a simples interpretação da lei e quais as razões normativas do legislador, saindo, portanto, da posição de “guardião” da lei para a de “artesão” do direito e do conteúdo da lei.<sup>229</sup>

Nessa ordem de idéias, é preciso que os novos Códigos não sejam, simplesmente, como um sistema fechado sem possibilidades de mudança, mas também que não sejam totalmente abertos, não havendo segurança jurídica para os que buscam a tutela do judiciário. Portanto, deve haver um sistema móvel, capaz de ensejar um constante aperfeiçoamento das normas positivadas, permitindo ao julgador aplicar as leis de forma a atender os interesses de toda a coletividade.

Sendo que, é justamente na Constituição Federal brasileira e na legislação infraconstitucional, em especial no Código Civil de 2002, que existe o apoio legal dessa mudança de rumos, visto que os princípios constitucionais integram a norma e o fato social, enfatizando o Direito sob uma perspectiva de servir menos aos interesses individuais, dos detentores de riquezas, reconhecendo a pessoa em interação com o meio social e, por meio desta relação, concretizar princípios relevantes para a sociedade. Tais como a vedação do enriquecimento ilícito, a proteção da entidade familiar, a boa-fé contratual, e ainda a dimensão social presente na propriedade e também na posse.

Cabe ressaltar o posicionamento de Albuquerque<sup>230</sup> sobre a nova concepção da dogmática jurídica:

A concepção social da dogmática jurídica é fruto não só do fato de ser o homem um membro da coletividade e de estar nesta integrado, tentando conviver em harmonia, mas de uma necessidade de evolução da ciência jurídica, sobretudo para que o direito de liberdade possa coexistir com o direito de igualdade, afirmando uma nova concepção do Direito que deixou de ser meramente coativa, mas instrumento de mudança social.

Logo, essa nova concepção da dogmática jurídica propicia uma mudança da forma de aplicação do Direito que deixa de ser simplesmente a aplicação da norma, da lei, e passa a ter a incumbência de analisar também a questão social. O Direito passa a ser visto como uma

---

<sup>229</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 8.

forma de mudança social, uma forma de garantir a efetividade dos princípios constitucionais, uma vez que suas decisões devem, necessariamente, buscar o bem da sociedade.

Buscando garantir a efetividade dos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, é importante ressaltar que o termo função social, largamente empregado como um atributo que deve qualificar o instituto da propriedade, já não pode ser encarado apenas sob a ótica do domínio. Nos dias atuais, mais do que nunca, a dinâmica das relações oriundas dos direitos reais permite ver no instituto da posse também um instituto cumpridor de objetivos sociais.<sup>231</sup>

Cabe ressaltar que o termo função social da posse não encontra-se de forma explícita nos dispositivos da Constituição Federal de 1998. Entretanto, em que pese não haver uma referência expressa do termo citado, a própria Constituição Federal, bem como o Estatuto da Terra e a Lei Agrária têm fornecido elementos para assim qualificar a relação desenvolvida entre sujeito e coisa, de modo a tornar viável o emprego da expressão função social da posse.

Esse início de funcionalização social do instituto da posse é fruto basicamente da necessidade social, pela crescente necessidade de terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade da pessoa humana<sup>232</sup>, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e a própria vida.

Nesse sentido, revela-se a importância do instituto da posse, uma vez que a posse é um dos institutos jurídicos no qual melhor se revela a tendência do direito à justiça social, tendo em vista que a posse cumpridora de uma função social protege, em última instância, os desfavorecidos pelo mercado que não puderam adquirir o bem de forma regularizada.

A posse é, em certas condições, condição de origem, constituição e manutenção de direitos reais. Ao mesmo tempo em que a posse possibilita o nascimento dos direitos reais de gozo através da usucapião para os bens imóveis e da tradição na coisa móvel, ela é condição

---

<sup>231</sup> MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários & função social*. Curitiba: Juruá, 2001.

<sup>232</sup> Acerca da importância de se proteger a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que “justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito” (SARLET, op. cit. p. 27).

de manutenção dos direitos reais, sendo percebida nas servidões, na superfície, na concessão, no usufruto, uso e habitação, se o beneficiário do direito sobre a coisa não o exercitar em certo tempo<sup>233</sup>.

Já no exercício do direito de propriedade, onde a utilização é condição de cumprimento da função social da coisa, o não-exercício da posse gerará, conseqüentemente, um enfraquecimento do direito de propriedade, uma vez que o bem não estará cumprindo com sua função social. E, nesse sentido, Fachin<sup>234</sup>, analisa a questão ao afirmar que:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da relação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade.

Da mesma forma, Nilson Marques afirma que não se pode ater-se às meras afirmações da função social da propriedade, uma vez que a posse também cumpre uma função social. E se o possuidor atribui a essa posse essa função de relevante teor público, o mesmo tem o direito de ser mantido na posse do bem.<sup>235</sup>

Tal posicionamento também é amparado pelos ensinamentos de Hernandez Gil, para quem nada pode por em dúvida que – em que pese manifestações contrárias – a posse oferece a fisionomia de um poder qualificado sobre as coisas, não se equivalendo à relação de propriedade. Ainda, segundo o autor “a posse incorpora algo social e juridicamente anterior que não começa com ou na propriedade<sup>236</sup>”, sendo que o “o fenômeno da utilização humana das coisas é ontologicamente anterior à instituição que representa a propriedade privada<sup>237</sup>” (tradução livre).<sup>238</sup>

---

<sup>233</sup> TORRES, op. cit.

<sup>234</sup> FACHIN. Op. cit. p. 19.

<sup>235</sup> MARQUES, Nilson. *O elemento social da posse*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1983.

<sup>236</sup> La posesión incorpora de suyo algo social y jurídicamente primario que no empieza en o con la propiedad.

<sup>237</sup> Fenómeno de la humana utilización de las cosas es ontológicamente anterior, a la institucionalización que representa la propiedad privada.

<sup>238</sup> GIL, op. cit. p. 25-26.

Salienta ainda que no sistema capitalista a posse pode constituir o contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada através das generalizações econômico-jurídicas que são o patrimônio, o capital, o crédito e o dinheiro. Para Gil, a posse é uma fórmula atributiva da utilização das coisas, atendidas as necessidades comuns de todas as pessoas através dos alimentos, da habitação e do recreio.<sup>239</sup> E conclui:

O desarraigamento da propriedade do uso das coisas, a sua conversão em um instrumento predominantemente de troca (como pensam os economistas e os sociológicos) ou sua capacidade para a abstração (como dizem os juristas), foi erguida dentro do sistema de idéias do capitalismo, contudo, pensar nas necessidades vitais cobertas pelo uso direto dos bens encontra seu encaixe mais adequado na posse<sup>240 241</sup> (tradução livre)

A posse permite a utilização direta ou indireta do bem, sendo assim, pode-se dizer que a função social da propriedade se exerce pela posse, sendo esta indispensável no sistema adotado pelo Código Civil de 2002 para a defesa daquela, como sua aparência ou como sentinela avançada, na expressão de Ihering e se, para dar cumprimento à função social da propriedade, for necessário o exercício da faculdade de uso do bem e este uso só se materializa pela posse, ainda que indireta, conclui-se então que, na verdade, é a posse que tem função social e, através dela assim exercida, infere-se se o proprietário está cumprindo com seu compromisso constitucional de dar uma destinação social ao seu bem.<sup>242</sup> Na realidade, quem cumpre uma função social, nos dizeres de Marés<sup>243</sup>:

Não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, e a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o Estado lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso, e não ao direito.

Se é pela posse que se cumpre a função social da propriedade, então é verdade a afirmação de que é a posse que tem uma função social saliente e não a propriedade em si. Estamos, portanto, diante de uma mesma função que, por vezes, é exercida como

<sup>239</sup> GIL, op. cit.

<sup>240</sup> El desarraigo de la propiedad del uso de las cosas, su conversión en predominante instrumento de cambio (como piensan los economistas y los sociólogos) o su capacidad para la abstracción (como solemos decir los juristas) se ha erigido en nota tan caracterizadora de la propiedad misma dentro del sistema de ideas del capitalismo, que el pensar en las necesidades vitales cubiertas por el goce directo de los bienes encuentra su más adecuado encaje en la posesión.

<sup>241</sup> GIL, op. cit. p. 211.

<sup>242</sup> TORRES, op. cit.

<sup>243</sup> MARÉS, op. cit. p. 116.

exteriorização de um direito e, por vezes, é exercida independentemente de qualquer direito. Contudo, ambas só podem ocorrer no mundo da realidade e não no mundo da abstração.

Torres salienta que a posse permite a utilização direta ou indireta – através de constituição de direitos obrigacionais ou reais a favor de outrem, graciosa ou onerosamente – à eficácia econômica e social do direito de propriedade, ou seja, a posse permite fazer valer as faculdades de uso e gozo da coisa e facilita, ainda, a de disposição no sentido específico de alienação do bem.<sup>244</sup>

Da mesma forma, Roberto Wagner Marquesi aduz que a verificação da função social, segundo os dispositivos constitucionais, centra-se na pesquisa sobre o contato direto entre o proprietário e a terra<sup>245</sup>. Esta importância, portanto, vem explicitada não só pelo contato da pessoa com a terra, mas principalmente pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando o bem em proveito de todos.

Logo, mesmo estando intimamente ligada ao domínio a posse deve ser vista como um fator autônomo, porque ao exercer o direito de propriedade o titular pratica atos de posse, mas também empreende atos estranhos a ela. A posse, portanto, deve ser vista como um instituto capaz de cumprir uma função social e econômica.

Sustentando a autonomia da posse, Viana aduz que a propriedade e a posse são formas distintas de apropriação de bens, com características próprias. O proprietário tem o poder sobre o bem, fundado em título, mas o ordenamento jurídico – em que pese à disposição constitucional de que a propriedade deve cumprir com sua função social – não lhe exige de forma eficaz uma conduta ativa, gerando, muitas vezes, uma propriedade meramente especulativa. Diversa é a situação do possuidor, uma vez que seu direito somente toma forma e corpo a partir do momento em que ele utiliza o bem, tornando efetiva a gama de serviços que o mesmo oferece.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> TORRES, op. cit.

<sup>245</sup> MARQUESI, op. cit.

<sup>246</sup> VIANA, op. cit.

Nesse sentido, Fachin<sup>247</sup>, também defende que o instituto da posse deve ser visto como um direito autônomo e não apenas como um simples fato inerente ao direito de propriedade:

Enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito. [...] À medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, e principalmente, *sua causa e sua necessidade*. Causa porque é sua força geradora. Necessidade porque exige sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva. Como se vê, vislumbra-se um patamar diferenciado de tratamento entre o instituto da posse e a propriedade, tomando relevo a questão na usucapião, particularmente aquela incidente em imóvel rural onde se evidencia, com maior clareza, a função social do fenômeno da posse.

Além disso, em outros campos, como a da aplicação do direito, também tem sido grande o esforço da jurisprudência para alargar o campo de abrangência da posse, o que implica, necessariamente, ao reconhecimento da função social da posse por si mesma. Nesse sentido, cabe ressaltar a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça<sup>248</sup>, que prestigia a posse fundada em compromisso de compra e venda de bem imóvel desprovido de registro.

Cabe ressaltar que a posse com função social diverge da posse simples ou comum pela presença da atividade humana social e economicamente relevante e isto se dá, através da moradia, do desenvolvimento de alguma atividade comercial ou industrial, para os imóveis urbanos e na produção de bens, serviços e moradia para a propriedade rural.<sup>249</sup>

Nesse sentido, há uma manifesta preocupação de adequar a utilização do bem à sua finalidade social, econômica e também ambiental, em consonância com a disposição do parágrafo 1º<sup>250</sup>, do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que estabelece que o direito de propriedade “deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” de modo a preservar “o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

---

<sup>247</sup> FACHIN, op. cit. p. 13.

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=84&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 17 jun. 2008.

<sup>249</sup> TORRES, op. cit.

<sup>250</sup> Art. 1.228, §1º, do Código Civil. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Dessa forma, se rural, a diretriz marcante é agilizar o uso, assegurando a terra a quem, pelo trabalho, tornou-a produtiva, utilizando de forma sustentável os recursos naturais do bem; se urbano, a busca é no sentido de colocá-lo a serviço da habitação, quando não se procede a uma exploração de acordo com as necessidades de habitação e trabalho.<sup>251</sup>

Tendo em vista esse caráter essencialmente dinâmico da posse, sempre buscando adequar a sua utilização a uma finalidade social e econômica, Marco Aurélio Viana<sup>252</sup> registra que:

O conceito de posse partirá, necessariamente, da posse em si mesma, como forma de apropriação de bens. Sua característica fundamental encontra-se no fato de o possuidor estar vinculado à utilização do bem. E ela é que legitima a posse. [...] Posse é utilização do objeto, porque o possuidor torna o bem útil, tira-lhe proveito.

Nesse sentido, ao contrário do direito de propriedade, a posse não foi criada com o intuito de constituir uma soberania privada, opondo ao Estado uma resistência acima do direito de igualdade, uma vez que o direito de posse sempre se harmonizou com os interesses vitais da sociedade, que o reclama frente à necessidade de um uso útil a seu titular sem resultar prejuízos a qualquer membro da sociedade.<sup>253</sup>

Toda pessoa tem o direito garantido pela Constituição Federal de utilizar a terra como forma de sobrevivência, como forma de realmente efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que a apropriação individual da terra e seu uso exclusivo através da posse é fundamental não somente para atender às necessidades individuais da pessoa, mas principalmente para proporcionar vantagens para toda a coletividade. Uma vez respeitadas estas vantagens, justifica-se plenamente a importância da posse na sociedade brasileira.

A importância da posse não só pelo contato direto da pessoa com a terra, mas pelo efetivo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos. A terra, portanto, não pode ser tratada apenas como um mero acúmulo de capital, enquanto centenas de pessoas morrem de fome, por não ter o que comer nem onde plantar. Deve sim, ser um instrumento efetivo de fomento social.

---

<sup>251</sup> VIANA, op. cit.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 51-52.

<sup>253</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.



Sobre a importância da posse como forma de garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, Torres<sup>254</sup> afirma que:

A posse permite a proteção do “ser” nas exigências mínimas da vida em sociedade – um lugar para morar, um lugar para plantar (posse-trabalho), um lugar para exercer atividades econômicas e sociais relevantes. É a posse instrumento essencial de satisfação de necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não.

Assim, sua função social passa a exercer um papel de destaque no Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a produção de riquezas não somente para o possuidor, mas para toda a coletividade e, principalmente, porque permite ao possuidor condições de viver com dignidade, garantindo seu sustento pelo seu próprio trabalho.

Portanto, o valor da posse nos dias de hoje é sentido de forma intensa, principalmente porque o direito de posse, pela sua utilidade social, representa antes de tudo o direito à igualdade, o direito da pessoa obter a terra pelo próprio trabalho, aproveitando os seus recursos e, ainda, tirando-lhe os proventos para sua subsistência e para a sociedade. E, dessa forma, gradualmente reduz a desigualdade social e incrementa a justiça distributiva.<sup>255</sup>

A função social da posse contrapõe-se a uma propriedade estática, utilizada muitas vezes como um instrumento de mera especulação imobiliária pelos seus proprietários que buscam apenas a satisfação de seus interesses pessoais. A posse é uma forma do possuidor através do uso da terra gerar riquezas para toda a sociedade, diminuindo as desigualdades sociais e concretizando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a utilização do bem deve ser feita de acordo com a destinação econômico-social e ambiental do mesmo, voltada para uma produtividade sustentável, ou seja, o possuidor deve retirar os frutos produzidos pelo bem, porém sempre respeitando os limites impostos pelo meio ambiente. O econômico, o social e o ambiental se unem para, nas palavras de Viana, “dar coloração viva à posse, traçando-lhe o alcance”.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> TORRES, op. cit. p. 376.

<sup>255</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>256</sup> VIANA, op. cit. p. 52.

A função social da posse, desta forma, não deixa de ser um tema árduo. Pode-se não apenas compreender melhor a posse dotada de função social, como também que esta não implica qualquer limitação ao instituto, nas palavras de Pietro Perlingieri<sup>257</sup>:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2, Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

A questão, pois, da função social da posse traz com ela o problema de se perquirir acerca dos valores sociais que lhe são subjacentes, como o valor à vida, à saúde, à moradia, à igualdade, todos procurando, da mesma forma, sustentar o princípio da dignidade da pessoa humana como esteio mantenedor do estado democrático de direito.<sup>258</sup>

A função social da posse tem suas raízes ditadas pela realidade social e fundiária, pelas diversas interpretações do instituto da posse como fenômeno social, bem como pela interpretação lógica dos valores e princípios contidos na Constituição Federal brasileira, todos procurando, da mesma forma, sustentar o princípio da dignidade da pessoa humana como principal objetivo do estado democrático de direito.

Como se vê, a posse como função social permite o atendimento aos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro, conferindo dignidade ao trabalhador do campo, capaz de produzir alimentos para sua subsistência e para a sociedade, e ao morador da cidade, eliminando as habitações indignas e humilhantes. Sem dúvida reconhecer na posse uma função social é caminhar em direção a uma sociedade mais justa, combatendo a pobreza e diminuindo as desigualdades sociais.

As mudanças por que anseia a sociedade, em particular os milhares de trabalhadores rurais sem-terra e posseiros, é a reformulação do conceito de posse e propriedade, levando em consideração os interesses coletivos e o respeito social e ambiental, possibilitando, dessa forma, a democratização da terra e, conseqüentemente, garantindo uma vida com dignidade a todos que nela exerçam alguma atividade econômica.

---

<sup>257</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

<sup>258</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

### III – FUNÇÃO AMBIENTAL E LABORATIVA DA POSSE

Através do descompasso metodológico entre a práxis judicial e o que dispõe o estatuto privatístico acerca da posse, é importante retomar o sentido principal do instituto da posse, ou seja, um instituto concebido independentemente da propriedade, capaz por si mesmo de responder às contingências sociais, tanto por ser evidente em seu conceito um elemento externo, a consciência social, tal como propõe Salleiles, como por apresentar no seu conteúdo uma função social imanente.<sup>259</sup>

Desta forma, será traçada uma tentativa de aproximação da função sócio-ambiental e laborativa da posse e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do dever fundamental de proteção ambiental, tendo em vista a proximidade dos seus conteúdos normativos e a importância de tais institutos para compreender a idéia de redefinição do conteúdo do instituto da posse à luz dos valores constitucionais ecológicos ou sócio-ambientais, haja vista a carga de direitos, deveres e obrigações correlatas ao seu exercício.<sup>260</sup>

Procurar-se-á evidenciar, em última análise, a relação direta entre o exercício do direito de posse e as consequências ambientais positivas ou negativas advindas de tal relação, uma vez que esta relação tem sido responsável, em muitos casos, para a degradação do meio ambiente, ocasionando uma perda significativa da qualidade de vida.

Primeiramente, para os objetivos deste capítulo, será abordada a questão da motivação para a ocupação de terras, demonstrando a real necessidade de milhares de pessoas de utilizar a terra para sobreviver; após adentrar-se-á no estudo da posse-moradia e posse-trabalho como direitos fundamentais, tendo em vista que o direito à moradia e o direito ao trabalho são necessidades primárias das pessoas; por fim, analisar-se-á a função ambiental presente no instituto da posse e sua importância para a manutenção do equilíbrio ambiental.

#### 3.1 A motivação para a ocupação de terras

A ociosidade especulativa perpetuada por alguns proprietários que optam por não dar uma destinação social à sua propriedade gera tantas vítimas quantas forem as pessoas não

---

<sup>259</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>260</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

proprietárias necessitadas do valor de uso do referido espaço. Para Alfonsin, como é o valor de uso que enche de conteúdo os direitos humanos fundamentais ao alimento e à moradia, as pessoas despossuídas estão legitimadas a impugnar a espera do valor de troca que o proprietário do bem terra estiver dele fazendo, em flagrante violação dos deveres inerentes à função social da propriedade.<sup>261</sup>

Cabe ressaltar que o fato de ter, em si mesmo, não é um problema: social, econômico ou jurídico. Ao contrário é uma necessidade humana. O que traz conflito é o acesso ao ter e o que se faz com aquilo que se tem, num tempo de escassez acentuada e de crescente degradação ambiental.<sup>262</sup>

Ocorre que, na sociedade contemporânea, percebe-se uma constante valorização do solo, seja ele urbano ou rural, fruto de um sistema econômico capitalista que permite a poucas pessoas uma acumulação cada vez maior de espaços. Isso sem dúvida acaba por favorecer o crescimento vertiginoso dos preços das terras, geralmente em prol de grandes proprietários urbanos e rurais, assim como expropria o direito da grande maioria com menor poder aquisitivo de plantar para produzir e comer ou construir para morar com o mínimo de dignidade.

O conflito que se estabelece, então, entre o valor de troca do bem terra, protegido pelo seu proprietário, e o valor de uso almejado pelos não proprietários sobre o mesmo bem, é tanto mais conveniente ao proprietário quanto maior for a extensão que ele titula e quanto maior for o número dos não proprietários, já que aí o preço do bem terra refletirá a “escassez” criada, justamente, pela concentração do direito de propriedade.<sup>263</sup> Sendo que a lógica da “escassez” interessa diretamente ao proprietário de latifúndios urbanos e rurais, pois ela aumenta significativamente o valor de troca do bem terra.

Tal situação também provoca um desequilíbrio no setor habitacional, afetando diretamente as pessoas de baixa renda, principalmente devido ao aumento dos valores dos

---

<sup>261</sup> ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

<sup>262</sup> TORRES, op. cit.

<sup>263</sup> ALFONSIN, op. cit.

aluguéis por força da insuficiente oferta de imóveis para a grande demanda, circunstância que leva ao surgimento de precárias habitações coletivas.<sup>264</sup>

Assim, com o aumento significativo do valor de troca da terra torna-se praticamente impossível que as pessoas de baixa renda reúnam condições para adquirir, por meio da compra e venda, um pedaço de terra para morar e trabalhar. Da mesma forma é o entendimento de Alfonsin ao afirmar que “os valores de uso próprios do direito à moradia dos não proprietários mais pobres sobre o dito espaço terão, no preço aumentado por esse acréscimo, o dique capaz de inviabilizar a aquisição do dito espaço”.<sup>265</sup>

Ademais, o tratamento privilegiado que o Poder Público concede ao direito de propriedade, contra o direito à vida, transparece de forma cristalina nos conflitos possessórios. Expulsam-se os sem terra e os sem casa de áreas sem utilização quando o próprio Estado tem o dever de assisti-los na busca de condições dignas de subsistência.<sup>266</sup>

Marés aduz que o desenvolvimento capitalista foi o responsável por transformar a terra em propriedade privada, e a terra transformada em propriedade privada promoveu o desenvolvimento capitalista. Dessa forma, a terra deixou de ser sustentáculo de vida para atender aos interesses econômicos.<sup>267</sup>

Ao contrário das necessidades vitais dos mais necessitados, não há quem deixe de ver nas manobras economicistas de especulação com os valores do solo urbano, um ato de vontade do proprietário sem nenhuma consequência negativa à sociedade, o qual até conta com o tempo a seu favor, coisa absolutamente despropositada se for comparada com as urgências diárias que a satisfação das necessidades vitais de alimentação e moradia impõe aos sem terra e sem teto.<sup>268</sup>

Da mesma forma é o entendimento de Torres<sup>269</sup> ao manifestar-se acerca da lógica do capital que impera na sociedade contemporânea:

---

<sup>264</sup> TORRES, op. cit.

<sup>265</sup> ALFONSIN, op. cit. p. 99.

<sup>266</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo. A nova proteção possessória. In: CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). *Lições de direito civil alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

<sup>267</sup> MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

<sup>268</sup> ALFONSIN, op. cit.

<sup>269</sup> TORRES, op. cit. p. 381.

A lógica deste mercado apenas falsamente atende, em nosso sistema positivo, o direito à livre iniciativa garantido constitucionalmente (inc. IV do art. 1º da Const. Federal), haja vista que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, contribuindo para redução das desigualdades regionais e sociais, nos termos do art. 170 da Constituição Federal.

Isto significa dizer que, os direitos individuais, atribuídos a cada pessoa, devem coexistir com os interesses e deveres superiores do Estado inscritos no texto constitucional e que, em tese, devem coexistir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida e ser exercidos conjuntamente aos interesses gerais, procurando estes não entrar em conflito, pois no caso de haver algum conflito entre ambos, os interesses individuais ou particulares têm de se subordinar aos interesses coletivos.

Assim, a propriedade desfuncionalizada, no rol dos bens indispensáveis às necessidades vitais da pessoa é, no entendimento de Torres, um “minus”, pois atende ao elemento patrimonial, merecendo um certo teor de reprovação social sua manutenção neste estado de desfuncionalidade, considerando o grau de desvalor social, que mereça a vontade unicamente dirigida à especulação com bens capazes de cumprir finalidade social específica, fundamentais para as pessoas, tais como, a moradia e o trabalho.<sup>270</sup>

A terra, portanto, não pode ser tratada apenas como um mero acúmulo de capital, enquanto centenas de pessoas vivem sem o mínimo de dignidade, por não ter o que comer nem onde plantar, nem onde morar. Toda pessoa tem o direito garantido pela Constituição Federal de utilizar a terra como forma de sobrevivência, como forma de realmente efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que a ausência de alternativas legais de acesso à terra urbana e rural, à moradia e ao trabalho empurrou a população pobre para os terrenos mais impróprios para fins de moradia e cultivo, muitas vezes áreas ambientalmente vulneráveis (sem valor no mercado imobiliário; porém mais baratas no mercado clandestino) e, em grande parte dos casos, para as periferias das cidades.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> TORRES, op. cit.

<sup>271</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: Porto Alegre e o urbanizador social. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Nesse sentido, ao manifestar-se acerca da motivação para a ocupação de imóveis, Torres<sup>272</sup> afirma que:

A ocupação de imóvel alheio com fins de moradia ou trabalho (cultivo) não se faz porque o ocupante pretenda violar o sistema ou o direito alheio. Na verdade, ele respeita a propriedade e quer se tornar proprietário pelo exercício efetivo da posse-moradia ou da posse-trabalho, para gozar da segurança e do *status* que tal direito confere ao titular (diga-se: desde que cumpra com sua função social).

Importa ressaltar que em uma sociedade capitalista o fato de uma pessoa não possuir o título de proprietário legal da terra ocupada, seja urbana ou rural, acaba desqualificando-a, pois a coloca à margem da ordem jurídica dominante, na condição de um mero invasor de propriedade alheia, para depois poder integrar-se a este mesmo sistema através da propriedade adquirida pela usucapião<sup>273</sup>.

Assim, na maioria das vezes não resta outra alternativa ao ocupante para garantir a sua subsistência e de sua família a não ser a ocupação de imóvel alheio, ou seja, não possuindo condições financeiras para adquirir um pedaço de terra, a pessoa se vê compelida a invadir a propriedade alheia – que na maioria dos casos não vem sendo utilizada de acordo com sua função social pelo proprietário – justamente com o intuito de dar uma destinação de acordo com os parâmetros constitucionais<sup>274</sup> àquela terra.

Torres observa que é curioso o paradoxal percurso que o ocupante deve seguir para garantir sua moradia, subsistência e reconhecimento social, em sociedades fundadas no direito de propriedade. Necessita o possuidor, para ser respeitado, do direito de propriedade, direito que a princípio viola quando ingressa em terra alheia, protegida pela lei contra os ataques que

---

<sup>272</sup> TORRES, op. cit. p. 390.

<sup>273</sup> A usucapião é um dos institutos no qual melhor se revela a tendência do direito à justiça. Os operadores jurídicos devem levar em conta este aspecto ao resolver os casos concretos, especialmente porque a modalidade da usucapião moradia protege, em última instância, os desfavorecidos pelo mercado que não puderam adquirir o bem de forma regularizada. (SCHÄFER, Gilberto. Usucapião especial urbana: da Constituição ao Estatuto da Cidade. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

<sup>274</sup> Ao afirmar que o ocupante pretende dar uma destinação a terra de acordo com os parâmetros constitucionais, não quer dizer que o mesmo tem conhecimento acerca das referidas disposições constitucionais. Ocorre que mesmo sem este conhecimento, o possuidor, justamente por utilizar a terra como sua moradia e como fonte de sua subsistência, acaba por dar uma destinação social ao bem possuído.

realizou e depois luta para a conversão de sua posse em propriedade, para ter a mesma proteção que outrora violou.<sup>275</sup>

Contudo, em que pese à “violação” do direito de propriedade ao ingressar em terra alheia, não se pode dizer que o possuidor comete um ato ilícito<sup>276</sup>. Ao contrário, aquele que ocupa uma determinada área de terra que não está cumprindo com sua função social, ou seja, não está de acordo com a previsão constitucional, para fazê-la cumprir, age de acordo com os preceitos constitucionais e com os interesses sociais e, portanto, merece ser mantido na posse do bem.

Essa linha de raciocínio seguiu a o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao decidir Agravo de Instrumento, garantindo o direito fundamental à moradia a diversas famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial, como se pode verificar na seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendataria em detrimento dos "sem terra". Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art. 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refugio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria. (Agravo de Instrumento nº 598360402, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 06/10/1998).<sup>277</sup>

No entrechoque entre posse-propriedade, a função social será o vetor-informador de prevalência de uma sobre a outra. Desse modo, a posse qualificada pela função social deverá prevalecer sobre a propriedade sem função social: primeiro porque a ausência de função

<sup>275</sup> TORRES, op. cit.

<sup>276</sup> Em que pese à afirmação de que o possuidor não comete ato ilícito ao ingressar em terra alheia que não cumpre sua função social, o mesmo não pode ser dito das invasões efetivadas em terras produtivas em que os invasores acabam por promover a destruição de construções e de plantações. Nesses casos, não há dúvidas do dever de indenizar pelos danos causados.

<sup>277</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 598360402. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em: 06.10.1998. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 05 jun. 2008. Grifou-se.



social na propriedade configura desrespeito a um dever constitucionalmente estabelecido; segundo porque a posse funcionalizada atende ao direito fundamental de moradia e de trabalho, circunstância que deverá ser aferida pelo operador no caso concreto.<sup>278</sup>

Assim, diante do caso concreto a função social da posse permite não só uma análise de situações que envolvam a posse em ambos os pólos da relação jurídica, mas também as situações onde um destes pólos fundamenta-se na situação proprietária. Isto é possível justamente pelo fato de que deve ser analisada pelo judiciário a forma como a coisa, objeto do litígio, vem sendo utilizada, se está cumprindo com sua função social, e não simplesmente contentar-se com a apresentação do justo título por uma das partes.

Ocorrendo a colisão entre os princípios, o julgador não pode ter receio de aplicar o princípio da função social da posse em detrimento ao proprietário, pois a decisão não será contra a propriedade privada, muito pelo contrário, dessa forma descentraliza-se a propriedade democraticamente, uma vez que o possuidor que estiver utilizando o bem, cumprindo com sua função social, favorece não somente a pessoa, mas toda a população.

Nesse sentido cabe ressaltar o ensinamento de Duguit<sup>279</sup>, no que tange o dever de todos os atos que cumpram uma função social serem protegidos socialmente pelo ordenamento jurídico: “Porém, quem é membro de uma sociedade têm a obrigação de fato de cumprir uma certa função social, e os atos que realiza para este fim tem um valor social e serão socialmente protegidos<sup>280</sup>”. (tradução livre)

Percebe-se, portanto, que é no período de tempo que vai da ocupação da terra até o tempo que faz jus à usucapião que a posse funcionalizada deve ser protegida de forma diferenciada, exatamente em razão da função socioeconômica que desempenha em oposição ao direito meramente patrimonial.

---

<sup>278</sup> TORRES, op. cit.

<sup>279</sup> DUGUIT, op. cit. p. 182.

<sup>280</sup> Pero por lo mismo que es miembro de una sociedad tiene la obligación de hecho de cumplir una cierta función social, y los actos que realiza para este fin tienen un valor social y serán socialmente protegidos.

Acerca da importância da posse como forma de garantir o acesso à moradia às pessoas que não possuem condições financeiras, Alfonsin<sup>281</sup> manifesta-se da seguinte forma:

Num país em que a maioria das pessoas não é proprietária mas que, mesmo assim, proclama-se democrático e de direito, o acesso à terra está sendo feito por aquela maioria pobre, através da posse pura e simplesmente, não faltando adjetivações classificatórias para que essa seja vista como “clandestina” (embora não exista nada menos clandestino do que uma favela ou um “acampamento”), “irregular”, “área de invasão”, “ocupação”, “vila” e assim por diante.

Para Marés, a terra deve cumprir uma função social que garanta o direito à moradia, ao trabalho e ao meio ambiente. A obrigação de fazê-la cumprir é do titular do direito de propriedade, que perde os direitos de proteção jurídica de seu título caso não cumpra, ou seja, ao não cumprir com a função social da terra não pode invocar a tutela jurisdicional para proteger seu direito. Por outro lado, aquele que faz a terra 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.<sup>282</sup>

A segurança da posse, portanto, é um ponto central do direito à moradia e à terra, pois sem ela o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurada a todos que dêem uma destinação social e ambiental a terra, com igualdade e sem discriminação.<sup>283</sup>

Contudo, quando se confronta a propriedade com a posse qualificada (funcionalizada), a resposta está aquém das expectativas, haja vista que só protege eficazmente a posse, quando é possível convertê-la em propriedade pela usucapião. Do contrário, a propriedade prevalecerá diante do direito à sua reivindicação.<sup>284</sup>

Tal afirmação é corroborada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar Recurso Especial referente a uma ação de reintegração de posse, decidiu ser

---

<sup>281</sup> ALFONSIN. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. p. 155.

<sup>282</sup> MARÉS, op. cit.

<sup>283</sup> OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>284</sup> TORRES, op. cit.

inadmissível a ocupação de imóvel urbano ocioso por famílias carentes, com o objetivo de ali instalar as suas moradias. Decisão assim emendada:

Reintegração de posse. Liminar. Área ocupada por famílias carentes. Requisitos satisfeitos. Citação dos cônjuges. Identificação dos invasores. Individualização da área.

- Tratando-se de ação pessoal, prescindível é a citação dos cônjuges.
- Em caso de ocupação de terreno urbano por milhares de pessoas, é inviável exigir-se a qualificação e a citação de cada uma delas (AgRg na MC n. 610/SP).
- Área objeto da ação perfeitamente individualizada. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

– Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias.

- Comprovados a posse da autora e o esbulho, encontram-se preenchidos os pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil.

Aplicação também neste item da Súmula n. 7-STJ.

Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n. 870-MG e cassada a liminar ali deferida. (REsp 154.906/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04.05.2004, DJ 02.08.2004 p. 395).<sup>285</sup>

Destaca-se do voto do Ministro Barros Monteiro, relator do recurso especial, o seguinte trecho:

Ainda que mantivesse a autora o terreno sem uso ou sem nenhuma produtividade, a ocupação da área por famílias carentes, com o objetivo de ali instalar as suas moradias, não pode realmente ser feita de maneira unilateral, como disse o Acórdão recorrido, “*fazer justiça pelas próprias mãos*”. Efetivamente, só ao Poder Executivo compete promover a desapropriação de imóvel particular, mediante o pagamento de prévia e justa indenização, com a finalidade de assentar pessoas carentes de teto e de trabalho.<sup>286</sup>

Ou seja, ao decidir pela reintegração de posse, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se em favor do direito individual absoluto à propriedade, em detrimento ao direito fundamental à moradia e à dignidade de setenta e oito famílias que se instalaram em uma área de terra manifestamente ociosa, utilizada apenas com fins especulativos por parte de sua proprietária. Ora, se não bastasse à violação ao direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa humana, a referida decisão encontra-se totalmente desvinculada dos preceitos constitucionais acerca da problemática, tendo em vista que o art. 5º, inc. XXIII, dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>285</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 154.906/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em: 04.05.2004. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 05 jun. 2008. Grifou-se.

<sup>286</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 154.906/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em: 04.05.2004. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 05 jun. 2008.

Tal noção é consentânea com a propriedade individual absoluta do passado, haja vista que ter a terra para especulação atenderia ao aspecto econômico sob uma ótica individualista. Contudo, a visão moderna reclama a introdução do elemento social, indicando que a apropriação de bens e “sua utilização não se realizam sem medida, não se manifestam ilimitadamente, segundo o critério único do indivíduo, mas exigem ao mesmo tempo uma abordagem coletiva”.<sup>287</sup>

Com efeito, numa etapa da vida do direito, em que o fenômeno jurídico não mais se circunscreve à norma pura e simplesmente, envolve também o fato e o valor, em que impera não mais a lógica formal, mas uma lógica do razoável, uma hermenêutica jurídica de feição crítica e dialética, o juiz não pode abstrair no seu julgamento as conseqüências sociais da decisão. Nos dizeres de Torres, “contrariando a lógica do capital pode-se vislumbrar na ocupação de terras, públicas ou particulares uma lógica da necessidade. Necessidade de moradia, de abrigo de sustento. Necessidade de ser reconhecido e ser tratado como pessoa”.<sup>288</sup>

Felizmente, a lógica da necessidade referida por Torres já vem sendo adotada em algumas decisões acerca do conflito posse/propriedade. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgou improcedente, por maioria, ação reivindicatória em favor do direito à moradia de centenas de famílias que se alojaram em uma área de terra ociosa. A decisão teve a seguinte ementa:

Ação reivindicatória. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78, e 589 do CC. Conseqüências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade. Apelação desprovida por maioria. (24 fls.) (Apelação Cível Nº 597163518, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: João Pedro Pires Freire, Redator para Acórdão: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 27/12/2000).<sup>289</sup>

Colhem-se no conteúdo do voto, os motivos que levaram o Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a proferir o voto divergente do Relator vencido:

<sup>287</sup> VIANA, op. cit. p. 46.

<sup>288</sup> TORRES, op. cit. p. 383-384.

<sup>289</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 597163518. Rel. Des. João Pedro Pires Freire. Julgado em: 27.12.2000. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2008. Grifou-se.

Na espécie em julgamento, no acirrado e complexo conflito de valores entre os que desde muito abandonaram a propriedade, doando-a ao município em busca de vantagens pessoais (a doação, lembro, estava condicionada à realização de obras públicas em propriedades vizinhas também do domínio da família Magnabosco), e as milhares de pessoas que habitam a gleba, que lutaram e continuam lutando por sua urbanização, transformando-a com seu trabalho, impondo a abertura de ruas, conquistando equipamentos urbanos (luz elétrica, telefones, templos religiosos, casas de comércio, fábricas), entendo que o Poder Judiciário deve se inclinar pelos últimos, de forma consentânea com os princípios fundamentais da Constituição da República.<sup>290</sup>

Na prática, conforme explicitado por Sérgio Sérulo da Cunha<sup>291</sup>, observa-se um macroconflito possessório, entre poucos que mantêm largas extensões ou quantidade desnecessária de terra urbana ou rural, geralmente de forma improdutivo, e muitos que necessitam de um lugar digno para morar e trabalhar, como condição de sua sobrevivência. “A questão dos lavradores sem-terra assemelha-se no Brasil, hoje, à dos grupos nacionais e étnicos marginalizados; e à questão possessória prepõe-se a do direito à moradia, ao trabalho e à vida”.

A valoração jurídica das necessidades vitais do homem pode constituir o elo de ligação imprescindível para estabelecer uma compatibilidade entre a liberdade de iniciativa econômica, pregada pelos defensores do livre mercado e a responsabilidade pelo respeito devido à dignidade da pessoa humana, fundamento básico das relações entre as pessoas em sociedade e do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>292</sup>

Dessa forma, a solução passa necessariamente pelo confronto de um direito que, na questão, interessa a seu titular pelo aspecto patrimonial (propriedade, sem função social), cuja fundamentalidade, nestas circunstâncias, deve ser considerada apenas formal (não substancial) e um direito (a posse, com função social) que interessa a seu titular diante da possibilidade do atingimento de necessidades vitais (moradia/trabalho) que têm no cumprimento da função social sua fundamentalidade substancial, o que indica merecer proteção em detrimento daquele meramente formal.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 597163518. Rel. Des. João Pedro Pires Freire. Julgado em: 27.12.2000. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2008.

<sup>291</sup> CUNHA, op. cit. p. 39.

<sup>292</sup> ALFONSIN. *A Força Normativa das necessidades frente ao Direito de Propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural.* op. cit.

<sup>293</sup> TORRES, op. cit.

### 3.2 A posse-moradia e a posse-trabalho como direitos fundamentais

Valor fundamental da pessoa humana, a preservação da igualdade visa impedir a discriminação das pessoas, evitando, assim, que alguns recebam melhor tratamento do que outros. Nesse sentido, cabe ressaltar o posicionamento de Luiz Ernani Bonesso de Araujo<sup>294</sup> ao afirmar que a lei:

Deve se dirigir a todos de forma indistinta e genérica. Essa igualdade formal nem sempre corresponde a uma igualdade real, principalmente em virtude do modo como se organizam as sociedades ocidentais, as quais, têm por base o sistema da livre concorrência. Nestas, as desigualdades de condições materiais determinam possibilidades diferenciadas para o acesso e fruição dos bens produzidos. Para alguns, facilidades, para outros, dificuldades, ou até mesmo, impossibilidade de exercício dos direitos formalmente assegurados.

Sendo que as referidas desigualdades de condições materiais são facilmente percebidas quando o assunto é moradia. Enquanto uma pequena parcela das pessoas detém condições financeiras de adquirir um patrimônio capaz de garantir uma vida digna para si e sua família, a grande maioria não possui condições financeiras para arcar com os custos de uma moradia.

Entretanto, em que pese uma parcela significativa das pessoas não deter condições financeiras para adquirir uma moradia, toda pessoa tem direito natural ao uso do solo e seu uso exclusivo através da posse é necessário não só para atender à necessidade individual como também para proporcionar vantagens para toda a coletividade. Respeitadas estas vantagens, que se tem como exigência básica ditada pela própria estrutura de utilidade social do instituto, justifica-se a importância da posse na sociedade brasileira.

Esta importância vem ditada, então, não só pelo simples contato da pessoa com a terra, e sim, pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos. Nesse sentido, Alfonsin<sup>295</sup> manifesta-se no sentido de que:

A satisfação das necessidades vitais de alimentação e moradia dos não proprietários integra o conteúdo dos seus direitos humanos fundamentais à terra, podendo ser exigida de qualquer proprietário desse bem, enquanto bem de

---

<sup>294</sup> ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: Editora da URI, 1998, p. 41.

<sup>295</sup> ALFONSIN. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. p. 185.

produção, que deixe de respeitar o dever (função) que, por sua vez, integra, também, o conteúdo do seu direito.

Cabe ressaltar que John Locke utiliza o trabalho para fundamentar sua teoria acerca do direito de propriedade. Tal idéia advém do seguinte pressuposto: se torno mais valioso, através do meu próprio trabalho, algo sem dono, tenho o direito de possuir essa coisa por mim beneficiada, na medida em que isto melhore a posição dos demais que dela não se apropriaram. E como isto pode favorecer a posição das demais pessoas? Justamente por estimular o esforço produtivo, tirando a propriedade do seu isolamento para transformá-la em algo que propicie o aproveitamento dos recursos naturais.<sup>296</sup>

Ora, o raciocínio de Locke também pode ser empregado ao abordar o instituto da posse. Ou seja, se a pessoa torna mais valioso, através do seu próprio trabalho, algo sem dono ou então algo que o dono não esteja dando uma destinação socialmente relevante, tem o direito de possuir essa coisa em detrimento do proprietário negligente, justamente pelo fato de não somente atender as necessidades individuais, mas também contribuir para os interesses da coletividade.

Sendo que com relação à função social e laborativa da posse, é importante ressaltar a necessidade de valorizar a terra pelo trabalho, através de uma posse útil e dinâmica, por meio da interpretação do conteúdo social inserido na vontade de possuir. A posse representa um querer pela necessidade da pessoa em ligar-se à terra e dela retirar seus frutos à medida de suas necessidades.

Assim, o legislador constitucional considerou – ao dispor no art. 6º<sup>297</sup> da Constituição Federal –, como direito fundamental social a moradia e o trabalho. Ambos, para serem exercidos, no que diz respeito ao uso do solo, independem do direito de propriedade. Daí a importância reservada à posse que cumpre com sua função social.<sup>298</sup>

Os valores fundamentais e os objetivos do Estado brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam, sobretudo, elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa

---

<sup>296</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

<sup>297</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>298</sup> TORRES, op. cit.

humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais o seu aspecto social imanente.<sup>299</sup>

Acerca da importância do instituto da posse, como uma forma efetiva de garantir o acesso à moradia e ao trabalho, Torres<sup>300</sup> afirma que:

Assegurar a moradia e o trabalho na terra através da posse é dar efetividade aos princípios fundamentais da República, conferindo dignidade à pessoa, contribuindo para erradicação da pobreza, formando uma sociedade mais justa e solidária.

Neste contexto, torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando as suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao possuidor um lugar para morar, um lugar para trabalhar (posse-trabalho), um lugar para exercer atividades econômicas e sociais relevantes.<sup>301</sup>

Acerca da importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, importante destacar a lição de Rizzatto Nunes<sup>302</sup>:

Ora, como a interpretação conforme à Constituição busca apontar as opções valorativas básicas do Texto Máximo, os princípios tornam-se importantíssimos no trabalho do intérprete, não só porque são, de fato, superiores às normas, ainda que constitucionais, mas especialmente porque, ao contrário das normas, que ao se chocarem geram antinomias, eles são compatibilizáveis. É claro que, mesmo assim, essa compatibilização deverá pôr em relevo aquele princípio mais influente no contexto analisado – como, da mesma forma, deve-se dar sempre maior importância aos princípios mais fundamentais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>299</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>300</sup> TORRES, op. cit. p. 376.

<sup>301</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>302</sup> NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.



Ademais, a própria Conferência do Habitat II, realizada na cidade de Istambul no ano de 1996, conforme explicitado por Saule Júnior, dispõe em seu Capítulo III, sob o título “Adequada Habitação para todos”, em cujo parágrafo 24, inclui-se a previsão da “segurança jurídica da posse”, num atestado extraordinário válido para todos os possuidores de que não é somente o título de proprietário que lhes garante acesso à moradia.<sup>303</sup>

Assim também agiu o Código Civil de 2002 ao reduzir os prazos para a usucapião quando houver moradia e desenvolvimento de atividade socialmente relevante sobre o bem e ainda, para demonstrar a maior importância da posse com função social, permitiu-se no art. 1.228, § 4º<sup>304</sup>, que o juiz, após reconhecer a existência de uma situação social dada, não acolha o pedido reivindicatório do titular da coisa, prevalecendo a posse sobre a propriedade.

Aduz Luiz Cláudio Romanelli, que para cada pessoa desenvolver suas atividades e até se integrar socialmente, é fundamental possuir moradia. Por essa vinculação é possível afirmar que a moradia é um direito fundamental, inerente a toda pessoa, sendo inalienável, imprescritível e irrenunciável, respeitando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.<sup>305</sup> E arremata o autor: “o direito à moradia representa a própria sobrevivência humana, portanto, inteiramente relacionada com a própria dignidade da pessoa humana”.<sup>306</sup>

Ingo Sarlet destaca que a constatação de que uma ordem constitucional consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que a pessoa, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.<sup>307</sup>

---

<sup>303</sup> SAULLE JÚNIOR, Nelson. Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>304</sup> BRASIL. Código Civil. Art. 1.228, § 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

<sup>305</sup> ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>306</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>307</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

Destaca ainda Sarlet<sup>308</sup> que até mesmo o direito de propriedade, especialmente por ter tido o seu conteúdo social consagrado pela Constituição Federal brasileira, se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa humana, ao asseverar que:

Considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade.

Importa ressaltar que o direito à moradia, não se restringe apenas à presença de um abrigo ou um teto, mas engloba uma concepção mais ampla. Este direito, segundo Romanelli, se estende a todos e, assim, toda a sociedade e cada um de seus membros têm de ter acesso a uma habitação provida de infra-estrutura básica e outras facilidades, ou seja, acesso a uma habitação adequada.<sup>309</sup>

Sem um lugar adequado para proteger a si próprio e sua família contra as intempéries, sem um local para “gozar de sua intimidade e privacidade, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar”, a pessoa certamente não terá assegurada a sua dignidade e possivelmente não terá assegurado o direito à “própria existência física”. Daí porque a inclusão no rol dos chamados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida.<sup>310</sup>

Não pode haver dúvida, portanto, de que há um direito de moradia e sua existência depende da ocupação espacial do solo, urbano ou rural, não importando, num primeiro momento, que natureza esta ocupação tem, diante do fator necessidade, verdadeiro impulsionador da ocupação.<sup>311</sup>

Dessa forma, a realidade social demonstra que o instituto jurídico da posse tem sua importância ditada sobretudo pelo fator social e pela realidade brasileira de imensos territórios desocupados e outros simplesmente não utilizados pelos proprietários, contribuindo para a estagnação de classes sociais. Eis a grande necessidade de reinterpretar-se o direito de posse à

---

<sup>308</sup> SARLET, op. cit. p. 93.

<sup>309</sup> ROMANELLI, op. cit.

<sup>310</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 154.

<sup>311</sup> TORRES, op. cit.

luz dos novos princípios sociais e de interesse público introduzidos pela Constituição Federal de 1988.<sup>312</sup>

Para Torres<sup>313</sup>, é indiscutível a presença do fator necessidade quando da ocupação de terras para a moradia e para o trabalho, sendo que:

Uma vez seja reconhecida na ocupação a efetivação de moradia ou de trabalho, portanto, exercício de direitos fundamentais sociais com assento expresso no texto constitucional, deve-se aferir a regularidade do seu exercício, em conjunto com a regularidade do exercício do direito de propriedade da gleba ocupada, isto é, se a propriedade esta cumprindo ou não seu fim econômico e social.

Contudo, é tormentosa a realidade do desapossamento de ocupantes que buscam suprir suas necessidades, por falta de uma melhor condição de vida. De regra, o judiciário ainda encara o problema social do acesso à moradia apenas como uma questão política e não jurídica, esquecendo que o jurista não pode ignorar a realidade à sua volta e que, como acentua Perlingieri, a realidade é uma só, seja social, econômica ou jurídica.<sup>314</sup>

Nesse sentido, no julgamento do Pedido de Intervenção Federal examinado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, percebe-se de forma clara que o Estado, através de seu órgão Executivo, atendeu ao dever negativo de abstenção frente ao direito fundamental de possuidores sem terra deixando de enviar tropas que dessem segurança ao cumprimento de decisão judicial que determinava o desapossamento, enquanto o judiciário tomava a posição contrária. A decisão foi assim emendada:

Pedido de intervenção federal. Reintegração de posse. Ordem judicial descumprida. Necessidade de reforço policial deferido. Requisição feita pelo poder judiciário ao poder executivo. Omissão do ente estatal caracterizada. Decisão judicial não cumprida, ofensa ao princípio constitucional do cumprimento de decisão judicial. Inteligência do artigo 34, inciso VI, da Constituição Federal. Pedido de intervenção. Procedência do pedido. A intervenção federal consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, mas que é medida perfeitamente cabível, vez que houve a inércia do ente estatal em fornecer o reforço policial necessário para o cumprimento de decisão judicial. (TJPR - Órgão Especial - PIF 0309222-8 - Pinhão - Rel.: Des. Marcos de Luca Fanchin - Unanime - J. 19.03.2007).<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> ALBUQUERQUE, op. cit.

<sup>313</sup> TORRES, op. cit. p. 396.

<sup>314</sup> PERLINGIERI, op. cit.

<sup>315</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Pedido de Intervenção Federal nº 0309222-8. Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin. Julgado em: 19.03.2007. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 03 ago. 2008. Grifou-se.

Sendo que no julgado de outro Pedido de Intervenção Federal, o mesmo Tribunal deixou assentado que o caso envolvia grave problema social, contudo, não competia ao Poder Judiciário resolver tal questão, mas sim, determinar o cumprimento da lei, inclusive da norma constitucional que assegura o direito de propriedade.<sup>316</sup>

No mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um Pedido de Intervenção, acatando o voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Intervenção federal. Reintegração na posse. Sem-terra. Descumprimento de ordem judicial. Ausência de justificativa. Inação do estado. Art. 34 da Constituição. Pedido deferido.

I – Sem desconhecer os graves problemas atinentes à terra no Brasil, o Poder Judiciário deve zelar pela garantia do Estado de direito, que se pauta pelo estrito cumprimento das leis e das decisões judiciais, além de assegurar aos litigantes o acesso à Justiça e ao devido processo legal.

II – Na linha de precedentes desta Corte, a inação do Estado em dar cumprimento a decisão judicial de reintegração na posse, sem justificativa plausível e sem a demonstração, sequer, de atos concretos nesse sentido, enseja o deferimento da intervenção.<sup>317</sup>

Para Torres não pode ter o nome de “direito” um determinado bem da vida – o direito a moradia – que não tenha eficácia alguma, a despeito de sua previsão na Constituição Federal brasileira, e que por sua própria natureza, deve ser considerado um direito superior ao direito de propriedade.<sup>318</sup>

Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento de Sarlet para quem, tomando-se como critério a fundamentalidade substancial, a conexão com o direito a uma existência digna, o direito à moradia poderá assumir, em diversas hipóteses, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito<sup>319</sup>, que de acordo com previsão constitucional encontra-se limitado pela função social, sendo que só a propriedade socialmente útil é constitucionalmente tutelada. Para o autor, a falta de

<sup>316</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Pedido de Intervenção Federal nº 014086900. Rel. Des. Plínio Cachuba. Julgado em: 01.07.1994. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 03 ago. 2008. Grifou-se.

<sup>317</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Intervenção Federal 79/PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 02.12.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 28 jul. 2008.

<sup>318</sup> TORRES, op. cit.

<sup>319</sup> “É de grande relevância distinguir a estrutura do direito de propriedade (condicionada ao cumprimento de sua função social) do exercício do direito de propriedade, que pode ser limitado. As limitações dirigem-se ao proprietário. Já a função social é condicionante da propriedade, manifestando-se na configuração estrutural desse direito”. (SILVA. *Direito ambiental constitucional*. p. 66).

propriedade não privará ninguém de uma vida digna, o que inevitavelmente ocorrerá se não possuir uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável.<sup>320</sup>

Em interpretação do Direito de acordo com a Constituição de 1988, posicionou-se vencido o juiz Márcio Puggina na 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao reconhecer a função social da posse, no julgamento de Mandado de Segurança, emendado da seguinte forma:

Propriedade. Função Social da Propriedade. Efetividade da norma constitucional. Redefinição da conceituação de Posse. A função social da propriedade é “direito-dever” individual e coletivo. O não-cumprimento do dever constitucionalmente estabelecido não é juridicamente irrelevante, sob pena de concebemos dever constitucional passível de não-obediência. A consequência é a desqualificação da posse. O inc. XXIII do art. 5º da CF redefine a posse com o exercício fático de atividade socialmente relevante. Se o proprietário não prova o exercício de posse constitucionalmente qualificada, em tese, não preenche os requisitos do art. 927 do CPC, mormente se o confronto se dá entre o proprietário e o possuidor que dá ao imóvel destinação socialmente relevante.<sup>321</sup>

Em sentido semelhante, posicionou-se a Desembargadora Elaine Harzheim Macedo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento de Apelação Cível, assim emendada:

Ação possessória. Reintegração de posse. Ausência de posse anterior a ser tutelada. Demonstrado nos autos que o município, incontestemente proprietário, não exercia posse sobre a área reintegranda, impõe-se a improcedência do pleito. Função social da posse. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70016241440, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 26/10/2006).<sup>322</sup>

Colhem-se no conteúdo do voto da relatora, os motivos que a levaram a proferir a decisão, acima emendada:

Portanto, o que se extrai dos autos é que a área em questão, mesmo sendo pública, não estava atingindo a sua finalidade social já há muitos anos, conforme se constata da prova testemunhal, havendo somente a intenção de se implantar programas habitacionais no local. Enquanto isso, de outro lado, temos uma família que, diante do déficit habitacional e das parcas condições econômicas, não teria onde morar se não fosse a casa que construíram no terreno objeto da presente ação.

<sup>320</sup> SARLET, op. cit.

<sup>321</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Quarta Câmara Cível. Mandado de Segurança nº 195050976. Rel. p/acórdão Des. Moacir Haeser. Ementa do voto vencido juiz Márcio Puggina. Revista de Julgados do Tribunal Alçada do Rio Grande do Sul nº 97, p. 259, apud TORRES, op. cit. p. 401-402. Grifou-se.

<sup>322</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70016241440. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. Julgado em: 26.10.2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2008.

Certo é que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação ao bem, até mesmo na forma de um projeto concreto, do contrário, não há falar, na prática de esbulho por quem enfrenta verdadeiro estado de necessidade, ausente o direito à moradia, assegurado pela própria Carta Magna no seu art. 6º, no capítulo “*Dos Direitos Sociais*”, a ser providenciado pelo Poder Público.

Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.

E, in casu, o réu provou ser possuidor e sua posse está atendendo à função social como acima explicitado. E o autor não provou a posse anterior, além disso, está a desatender a função social da posse.<sup>323</sup>

Quando está em jogo, de um lado, o direito a propriedade, e de outro, o direito à dignidade humana, a moradia e a cidadania, também assegurados constitucionalmente, não há dúvidas de que os últimos devem prevalecer.

Nesse sentido, também já se manifestou o Desembargador José Francisco Pellegrini, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar improcedente o pedido de Reintegração de Posse formulado pelo Município de Alvorada (RS), em sede de Apelação Cível. Em seu voto o Desembargador reconheceu a supremacia da posse funcionalizada em detrimento ao direito de propriedade que não cumpre sua função social, ao afirmar que:

Os recorrentes são pessoas pobres, que não têm lugar para morar, e por isso, ocuparam a área em questão, estabelecendo ali a sua residência.

Embora o art. 5º, inciso XII, da CF estabeleça o direito à propriedade, é certo que esta, nos termos do inciso XXIII do mesmo dispositivo legal, deve atender a sua função social. A Carta Maior também prevê entre os direitos sociais o da moradia e o da assistência aos desamparados. E entre o cotejo destes direitos, devem prevalecer estes últimos em detrimento do da propriedade.<sup>324</sup>

Percebe-se, portanto, que aos poucos vem ocorrendo uma modificação significativa na solução dos conflitos entre posse e propriedade. A propriedade deixa de ser considerada como um direito absoluto, perpétuo e exclusivo e passa a ter uma função social. A partir do momento em que o proprietário não dá uma destinação social ao bem, o mesmo não pode receber a tutela jurisdicional em desfavor daquele possuidor que – em evidente estado de

<sup>323</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70016241440. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. Julgado em: 26.10.2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2008. Grifou-se.

<sup>324</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014558530. Rel. Des. José Francisco Pellegrini. Julgado em: 10.07.2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2008. Grifou-se.

necessidade por não possuir condições econômicas para garantir o seu sustento e de sua família –, utiliza aquela terra para construir sua moradia.

Dá a necessidade de construção da tese de que a posse qualificada pela função social merece uma proteção especial, primeiro porque se instala onde a propriedade não cumpre função social; segundo porque atende a direitos fundamentais sociais como a moradia e o trabalho.<sup>325</sup>

Ou seja, a proteção do direito à posse, muitas vezes em detrimento ao direito de propriedade, é uma forma de velar pelos interesses da maioria da sociedade brasileira. A quebra do monopólio da terra, facilitando o acesso à terra e ao trabalho justo é uma forma de democratizar a distribuição de terra, representando um ganho para toda a sociedade.<sup>326</sup>

Faz-se necessário, conforme explicitado por Torres, reconhecer que a posse qualificada é um instrumento de satisfação de necessidades humanas, além disso, a um só tempo viabiliza, atende e materializa direitos fundamentais sociais contribuindo para a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para a redução das desigualdades sociais, possibilitando a construção de uma sociedade mais justa e solidária.<sup>327</sup>

Assim, nos dizeres de Marés<sup>328</sup>, “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” e, portanto, merece ser mantido na posse da terra, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Lamentavelmente, nos dizeres de Torres<sup>329</sup>, a realidade social demonstra que muito pouco se tem feito para proteger a dignidade da pessoa humana, sendo que:

Não se pode aceitar que o acesso à terra, urbana ou rural, ocorra só para aqueles que tenham condições de adquirir pela compra, uma vez que a lógica do capital é injusta e não permite a democratização do acesso. Não se pode ficar omissos a tais circunstâncias em tempo que o direito deve valorizar o homem e não o patrimônio do homem.

---

<sup>325</sup> TORRES, op. cit.

<sup>326</sup> BENATTI, op. cit.

<sup>327</sup> TORRES, op. cit.

<sup>328</sup> MARÉS, op. cit. p. 134.

<sup>329</sup> TORRES, op. cit. p. 379.

Poder-se-ia então argumentar que o objetivo do trabalho é estimular o desrespeito à propriedade alheia, conclamando os necessitados à sua invasão. Ao contrário, o objetivo é que se tenha uma efetiva tutela da propriedade ou da posse que cumpre com uma função socialmente relevante e se algum efeito, além daquele que justifica a elaboração do trabalho – o reconhecimento da função sócio-ambiental e laborativa da posse – produzir, será apenas de coação psicológica ao proprietário negligente.

Nesse diapasão, quando protege-se a posse com função social e laborativa, está protegendo-se a vida, a saúde, a moradia, enfim, a dignidade da pessoa humana, e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária; para a erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdades sociais, garantindo o desenvolvimento nacional.<sup>330</sup>

Dessa forma, não há dúvidas de que a posse-moradia e a posse-trabalho possuem um fim social e econômico que merece ser protegido pelo Poder Público. Nesse sentido, Benatti<sup>331</sup> afirma que:

Social porque todo cidadão tem direito a ser proprietário de terra, a partir do seu trabalho. Econômico porque é com seu trabalho que irá produzir bens para si, sua família e para a sociedade, cujo labutar se dará através de uma exploração econômica. A pessoa que trabalha a terra adquire o direito de ser proprietário dela e de a conservar enquanto a esteja explorando. O seu trabalho será considerado como se fosse um título.

Opinião esta, também compartilhada por Marquesi, ao manifestar-se no sentido de que é no terreno econômico e social que a posse-moradia e a posse-trabalho exercem papel de destaque no Estado Democrático de Direito, e por dois fatores: primeiro, porque admitem a produção de riquezas para o possuidor e para a coletividade; segundo, porque oferece ao possuidor condições de viver com dignidade.<sup>332</sup>

Dessa forma, é possível constatar que o instituto jurídico da posse permite a moradia, a alimentação e o trabalho da pessoa, ou seja, através da posse da terra terá a pessoa condições mínimas de sobrevivência ao ter garantido um local para se abrigar na terra urbana e um local para morar e plantar na terra rural.

---

<sup>330</sup> TORRES, op. cit.

<sup>331</sup> BENATTI, op. cit. p. 74.

<sup>332</sup> MARQUESI, op. cit.



Cabe, portanto, um esforço por parte da população no sentido de aceitar a importância da posse como um instituto capaz de diminuir as diferenças sociais aumentando a distribuição de renda, atingindo dessa maneira a efetiva realização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, norteadores da Constituição Federal brasileira.

### 3.3 O instituto da posse portador de uma função ambiental

Os constantes avanços tecnológicos, assim como as transformações econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas e os impactos causados sobre o meio ambiente fizeram despertar uma nova consciência global quanto à importância da qualidade ambiental para a manutenção da vida das pessoas. Passou-se a criticar o modelo individualista, liberal e desenvolvimentista dominante, propondo-se sua transposição – mesmo que não de forma unânime – e a adoção de novos valores de ordem social e ambiental.

Nesse sentido, a inserção da proteção do meio ambiente na Constituição Federal de 1988, enquanto direito e dever fundamental de todas as pessoas, desencadeou profundas transformações em todos os ramos do Direito, que passam a incorporar a variável ambiental na interpretação de seus preceitos e caracterização de seus institutos.<sup>333</sup>

Assim, o direito possessório também passa a incorporar a variável ambiental na interpretação de seus preceitos, tendo em vista que a questão ambiental não está e nunca esteve divorciada da questão social, tão presente e marcante no instituto jurídico da posse. Desta forma, segundo Eduardo Chacon Mora<sup>334</sup>:

Surgem na vida jurídica novos institutos que são produtos da evolução do direito para regular novas exigências sociais, precisamente como são a posse e a propriedade ecológicas, para responder as exigências de consciência ecológica, que busca garantir um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado para toda a comunidade, assim como o respeito ao meio ambiente, quando o tipo de bem assim o exija por suas características especiais de uso ou aproveitamento, de posse ou titularidade.<sup>335</sup> (tradução livre)

---

<sup>333</sup> CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

<sup>334</sup> MORA, Eduardo Chacon. Una forma de poseer en beneficio de todos. In: Congreso Mundial de Derecho Agrario. *Dereito agrário e desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: UMAU, 1999.

<sup>335</sup> Surgen a la vida jurídica nuevos institutos producto de la evolución del derecho para regular nuevas exigencias sociales, como lo son precisamente la posesión y la propiedad ecológicas, para responder a las exigencias de la conciencia ecológica, que persigue garantizar a la comunidad un ambiente sano y ecologicamente equilibrado, así como el respecto al medio ambiente, cuando el tipo de bien así lo exija por sus características especiales de uso o aprovechamiento, de goce o titularidad.

Contudo, em que pese à inserção da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988, o Estatuto da Terra, Lei 4.504, de 30.11.1964, já trazia em seu bojo a função social da terra e, como desdobramento lógico, muito embora despercebido à época, a função ambiental da terra, na medida em que condicionava o acesso à propriedade da terra ao atendimento de requisitos de produtividade e conservação dos recursos naturais, além de outros, nos seguintes termos:

Art. 2º. É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta lei.

§ 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Apesar de ainda impetrar uma filosofia produtivista, o Estatuto da Terra avançou impondo uma exploração racional da terra ao lado da obrigação de conservação dos recursos naturais, deixando emergir a dimensão ambiental a ser considerada no aproveitamento da terra tanto pelo possuidor como pelo proprietário.<sup>336</sup>

Portanto, de acordo com o disposto na alínea “c”, do supracitado artigo, a posse somente cumprirá com sua função social quando o uso e a exploração da terra forem compatíveis com a manutenção da integridade e da qualidade dos recursos ambientais nela existentes, garantindo o potencial produtivo da terra e uma reserva de bens ambientais para o uso das futuras gerações.<sup>337</sup>

Surge, dessa forma, para as presentes gerações, no uso e na exploração da terra, o dever fundamental de proteção do meio ambiente, devendo ser utilizados os recursos naturais com parcimônia, tirando proveito dos frutos sem comprometer a integridade do patrimônio natural que não lhes pertence exclusivamente, preservando a possibilidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades.

---

<sup>336</sup> PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente & propriedade rural*. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>337</sup> CAVEDON, op. cit.

Nesse sentido, acerca da importância da reserva de bens ambientais para o uso das futuras gerações, cabe destacar o posicionamento de Marés<sup>338</sup>:

A terra está destinada a dar frutos para todas as gerações, repetindo a produção de alimentos e outros bens, permanentemente. O seu esgotamento pode dar lucro imediato, mas liquida sua produtividade, quer dizer a rentabilidade de um ano, o lucro de hoje, pode ser o prejuízo do ano seguinte. E prejuízo não apenas financeiro, mas social, público, porque se traduz em desertificação, que quer dizer fome, miséria, desabastecimento e, em conseqüência, não cumprimento dos objetivos da República.

Ainda segundo o autor, é demasiado egoísmo imaginar que a produtividade como conceito previsto na Constituição Federal brasileira queira referir-se simplesmente ao lucro imediato e individual do proprietário e/ou possuidor. Ao contrário, produtividade refere-se à capacidade de produção reiterada, o que significa, pelo menos, a conservação do solo e a proteção da natureza, isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>339</sup>

Percebe-se, portanto, a importância da preservação dos recursos naturais para a manutenção da capacidade produtiva da terra. Nesse sentido, a posse também cumpre com uma função ambiental, uma vez que não basta ao possuidor apenas tornar uma determinada área de terra produtiva para que sua função social seja reconhecida. É fundamental que o possuidor no desempenho de suas atividades garanta a preservação do meio ambiente, utilizando os recursos naturais disponíveis de uma forma racional, sob pena de não ser reconhecida a função sócio-ambiental da posse.

Em um primeiro momento, pelo que foi exposto até aqui, parece haver uma contradição, um conflito de idéias, pois para atender à função sócio-ambiental e laborativa da posse, o possuidor se depara com limites no proveito econômico da terra e, por outro lado, precisa tornar produtiva a posse sob pena de não ser reconhecida que a mesma está cumprindo com sua função. Ou seja, parece existir um conflito ou uma contradição decorrente da norma constitucional: como produzir e ao mesmo tempo preservar?

E nesta linha equivocada de raciocínio – de que não é possível produzir e preservar ao mesmo tempo – muitos se insurgem contra a obrigação de preservar o meio ambiente,

---

<sup>338</sup> MARÉS, op. cit. p. 121.

<sup>339</sup> Ibidem.

colocando-a em contraste com a necessidade de trabalhar e produzir alimentos, estabelecendo uma oposição entre a questão social e a questão ambiental.

Na verdade, em momento nenhum a Constituição Federal de 1988 impede o trabalho sobre a terra em prol do bem-estar do proprietário e/ou possuidor, sua família e de todos os que trabalham na terra, muito pelo contrário, determina o aproveitamento racional dos recursos naturais no interesse do bem-estar dessas mesmas pessoas.<sup>340</sup>

Cabe ressaltar que, com base no disposto no art. 170<sup>341</sup> e incisos II, III e VI, da Constituição Federal, no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), a propriedade privada, dotada de função social, e o meio ambiente foram consagrados como princípios jurídicos constitucionais, hierarquicamente iguais, ou seja, as necessidades do mercado, o desenvolvimento econômico, a apropriação privada de bens, não podem se sobrepor ao dever fundamental de defesa do meio ambiente. Devem, sim, ser compatibilizados através da construção de um novo modelo de desenvolvimento ecológico-econômico-social.<sup>342</sup>

Para Benjamin, a ecologização da Constituição teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental que acaba por afetar também o instituto da posse.<sup>343</sup>

Nesse sentido, ao abordar a questão da aparente contradição entre a obrigação de tornar a terra produtiva e ao mesmo tempo preservar o meio ambiente, Edson Luiz Peters<sup>344</sup> afirma que:

A história mostra muito bem isso, o que ocorre é que toda degradação ambiental desencadeada neste século, a dilapidação dos recursos naturais e as agressões de um modo geral à natureza, não serviram para melhorar a situação social e econômica dos trabalhadores e da maior parte da população, senão para

---

<sup>340</sup> PETERS, op. cit.

<sup>341</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada; III – função social da propriedade; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

<sup>342</sup> CAVEDON, op. cit.

<sup>343</sup> BENJAMIN, op. cit.

<sup>344</sup> PETERS, op. cit. p. 134.

piorar, pois a miséria e a pobreza cresceram a olhos vistos, enquanto poucos poderosos ficaram mais ricos ainda.

Em parte, tal constatação pode ser justificada pela antiga noção acerca do direito de propriedade, visto por muitos como um direito absoluto, perpétuo e exclusivo, que possibilitava ao proprietário utilizar determinada área sem nenhuma preocupação acerca dos danos que por ventura sua conduta pudesse ocasionar ao meio ambiente. Ou seja, o proprietário buscava apenas a satisfação dos seus interesses individuais, não havendo nenhuma preocupação com os interesses da coletividade.

O meio ambiente existe para atestar a vida em geral e para, sob a atuação das pessoas, gerar meios de sobrevivência para todos. Logo, não há como se contemplar uma determinada área de terra servindo como mero instrumento de especulação, sem qualquer sentido de produção de alimentos, de habitação, enfim, de bens de consumo dos quais todas as pessoas são irremediavelmente necessitadas<sup>345</sup>.

Destarte, reconhecer na posse um instituto portador de uma função sócio-ambiental é uma forma de proteger a dignidade da pessoa humana, garantindo o acesso à moradia e ao trabalho, mas também, uma forma de proteger os interesses da coletividade, uma vez que o possuidor somente terá sua posse reconhecida como funcionalizada se a mesma estiver contribuindo para a manutenção do equilíbrio ecológico.

Agora, quando se protege a titularidade desfuncionalizada, está se protegendo o ter, o interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Protege-se o egoísmo, contribui-se para uma sociedade injusta e não solidária, para a manutenção da pobreza da maioria, mantém-se a marginalização e obstaculiza-se o desenvolvimento nacional.<sup>346</sup>

Da mesma forma é o entendimento de Marés<sup>347</sup>, ao destacar os malefícios que um direito individual acarreta para grande parcela da sociedade:

A propriedade da terra gera males paradoxais porque destrói a natureza com força devastadora e argumenta que mais precisa destruir para dar de comer a desesperado e incontável contingente humano. Ironicamente, quanto mais destrói a natureza, menos vida possibilita, inclusive humana, quanto mais altera os seres

---

<sup>345</sup> LIMA, op. cit.

<sup>346</sup> TORRES, op. cit.

<sup>347</sup> MARÉS, op. cit. p. 13.

vivos, mais se aproxima da morte. Há algo de errado nessa lógica inversa, não é possível que a garantia de um direito individual seja o flagelo do direito dos povos.

Assim, o dever fundamental de proteção do ambiente transporta na sua carga normativa um feixe de deveres e obrigações (negativas e positivas) vinculados à função sócio-ambiental da posse, condicionando o exercício do direito dos possuidores aos novos valores sociais e ecológicos que conformam o sistema constitucional contemporâneo. A pessoa não está sozinha no mundo, sendo assim, cada vez mais é imperativo haver um comportamento solidário para lidar com os desafios existenciais relacionados à degradação ambiental e, conseqüentemente, a qualidade de vida.<sup>348</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que a partir do reconhecimento da função ambiental da posse projetam-se deveres negativos e positivos para o possuidor, devendo esse simultaneamente comportar-se de modo a não desenvolver atividades lesivas que possam resultar em dano ao meio ambiente, assim como adotar medidas positivas, no intuito de que o exercício da titularidade seja adequado à proteção e preservação dos recursos naturais.<sup>349</sup>

Assim, o dever fundamental de proteção ambiental, além de conter obrigação de cunho negativo, a qual determina a abstenção de práticas degradadoras da qualidade ambiental, exige também comportamentos positivos dos possuidores, impondo a adoção de condutas específicas no sentido de prevenir, precaver e reparar qualquer forma de degradação do ambiente que esteja relacionada ao exercício do direito de posse.

Ademais, o próprio art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 registra de forma expressa o dever de todas as pessoas na proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, demarcando, portanto, a responsabilidade de todos (proprietários e não-proprietários) na conservação do equilíbrio ambiental, indispensável à concretização da vida humana digna e saudável.<sup>350</sup>

Da mesma forma, prevê o art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, como objetivo a “compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio

---

<sup>348</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>349</sup> GAVIÃO FILHO, op. cit.

<sup>350</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

ecológico”.

Ao respeitar a natureza circundante, os recursos naturais renováveis, preservando a vida e atingindo o fim natural a que se destina o bem possuído, a pessoa produzirá bens para o suprimento das suas necessidades, bem como, das necessidades da coletividade. Além disso, contribuirá de forma decisiva para o seu progresso econômico e social.<sup>351</sup>

Não há dúvidas, portanto, que o dever de aproveitamento racional do solo imposto pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional não está em contradição com o dever de conservar e preservar a terra, mas em perfeito equilíbrio, uma vez que somente é possível trabalhar o solo e torná-lo produtivo com a presença dos recursos naturais que dão vida a este mesmo solo.<sup>352</sup>

Assim, nos dizeres de Marés, “a terra deve ser usada, mas não se deve esquecer que o uso não pode ser no sentido de esgotar a possibilidade de renovar a vida, de transformá-la a ponto de esterilizá-la, isto é, o uso está condicionado à manutenção da biodiversidade”.<sup>353</sup> Ou seja, não basta que haja a exploração de uma área, e sim que essa exploração se dê de forma que respeite o meio ambiente, estando em consonância com as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Sendo que o próprio art. 186, da Constituição Federal traça quatro requisitos a serem atendidos simultaneamente a fim de configurar o cumprimento ou não da função social, entre os quais, o aproveitamento racional e adequado da terra, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente. Acerca de tal disposição constitucional, Peters<sup>354</sup> ressalta dois aspectos relevantes:

O primeiro, de ordem terminológica, é o uso da expressão aproveitamento ao invés de produção, o que, por si só, sinaliza para a superação do produtivismo, entendido como o uso sem quaisquer limites até o exaurimento, a fim de se colher o máximo no menor tempo, não importando as consequências ou reflexos da prática; o segundo diz respeito ao complemento qualificativo colocado pelo Constituinte ao substantivo, ou seja, não se trata de qualquer forma de aproveitamento, mas sim de aproveitamento racional e adequado.

---

<sup>351</sup> LIMA, op. cit.

<sup>352</sup> PETERS, op. cit.

<sup>353</sup> MARÉS, op. cit. p. 125.

<sup>354</sup> PETERS, op. cit. p. 128.

Cabe destacar que em alguns casos o uso intenso e altamente rentável da terra é sinal de alerta acerca do descumprimento da função social. E isto é claro, porque embora destinada ao uso, a terra cumpre uma função de manter a vida e isto significa cuidado com o meio ambiente e com as pessoas que nela trabalham e vivem.<sup>355</sup>

Para exemplificar, num caso julgado no ano de 2007, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da ação de restituição de madeira apreendida na propriedade do autor, reconheceu o descumprimento da função social da terra devido à utilização indiscriminada dos recursos naturais por parte do proprietário da mesma, como pode-se verificar na ementa transcrita:

Apelação cível. Constitucional, administrativo e processual civil. Dano ao meio ambiente. Estoque de madeira nativa. Inexistência de autorização para a posse. Ação reivindicatória. Improcedência na origem. Improvimento em grau recursal. Precedentes desta corte. Restou devidamente comprovado nos autos a prática de dano ambiental, pelo que correta a condenação imposta ao apelante, porquanto mantinha estocada em sua propriedade quantidade de madeira nativa sem qualquer autorização da autoridade competente. Apelação não provida. (Apelação Cível Nº 70018468371, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 28/03/2007).<sup>356</sup>

Da mesma forma, no julgamento de Ação de Reintegração de Posse, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar improcedente a ação possessória, reconheceu que não basta simplesmente a posse sobre determinado bem para que o possuidor se faça valer da tutela jurisdicional. O possuidor deve, acima de tudo, utilizar o bem adequadamente para que não haja danos ao meio ambiente. Destacam-se do voto da Des. Denise Oliveira Cezar, relatora do julgado, os seguintes trechos que embasaram sua decisão:

Consoante os fatos narrados no início do voto que estou proferindo, verifica-se que os demandantes se utilizam da passagem de água há longa data, desde 1953, passagem esta que leva água do rio Caraá para dentro da propriedade dos apelantes, passando pela propriedade dos apelados, para movimentar turbina geradora de eletricidade para o engenho de arroz.

Não se pode desconsiderar o exercício de posse dos apelantes sobre a passagem de água, e da existência de servidão aparente que, à caracterização, basta que a situação fática demonstre que há muito tempo o canal de água venha sendo utilizado com a finalidade antes referida.

<sup>355</sup> MARÉS, op. cit.

<sup>356</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70018468371. Rel. Des. Wellington Pacheco Barros. Julgado em: 28.03.2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2008. Grifou-se.



Entretanto, verifica-se que a parte demandante está excedendo a posse a que teria direito, pois, conforme informado nas contestações, e não contestado pela parte demandante, o valo possuía, quando aberto, cerca de 0,80 cm de largura e 1,00m de profundidade, sendo que hoje, em razão da erosão, possui cerca 4,5 metros de largura e 5,0 metros de profundidade.

A prova produzida – fotos (fls. 75-88) e parecer técnico (fls. 231-233) – torna incontroverso o dano ambiental produzido pela passagem da água construída pelos demandantes, assim como o problema que poderá causar à estrutura da casa do demandando.<sup>357</sup>

Na mesma perspectiva trazida à tona nos julgados acima, o Tribunal de Justiça do Paraná, ao julgar uma Ação Cível Pública, reconheceu como sendo uma obrigação *propter rem*, o dever fundamental de proteção do meio ambiente por parte do possuidor de determinado imóvel. Decisão assim emendada:

Apelação cível. Ação civil pública. Danos ao meio ambiente. Não observância da reserva legal e da mata ciliar. Pedidos julgados procedentes. Inconformismo do réu. Alegação de nulidade processual, em função da não realização de prova pericial, ilegitimidade passiva, desmatamento anterior à aquisição da propriedade e previsões legais posteriores ao ajuizamento da ação. Apelante que se recusou ao pagamento dos honorários periciais. Fato que configura desistência da prova. Apelante que possui usufruto vitalício do imóvel, razão pela qual deve ser responsabilizado pelos danos causados ao meio ambiente, visto que titular da posse direta da área. Reserva legal e área de preservação permanente que configuram obrigações propter rem, de maneira que acompanham a coisa, independentemente da titularidade. Obrigações previstas desde 1965, no código florestal. Recurso parcialmente provido. (TJPR - 18ª C.Cível - AC 0274327-7 - Nova Londrina - Rel.: Juiz Conv. Sérgio Roberto N Rolanski - Por maioria - J. 03.10.2007).<sup>358</sup>

Resta claro pelos julgados acima colacionados, que se a posse causa sérios prejuízos ao meio ambiente e, conseqüentemente, ao interesse público, o possuidor não poderá utilizar-se das ações possessórias para garantir o seu direito de posse, uma vez que a posse desfuncionalizada, ou seja, que não cumpre com sua função sócio-ambiental não merece ser protegida pelo Poder Judiciário.

Verifica-se, portanto, o dever fundamental do possuidor empregar o bem possuído de forma compatível com o desenvolvimento econômico social e com a manutenção do equilíbrio ecológico. Para Fensterseifer, a regulação infraconstitucional de tais institutos reflete o comando constitucional do art. 225 da Constituição de 1988, projetando, para além

<sup>357</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022458244. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar. Julgado em: 09.04.2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 14 ago. 2008.

<sup>358</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 0274327-7. Rel. Des. Juiz Conv. Sérgio Roberto N Rolanski. Julgado em: 03.10.2007. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 17 ago. 2008. Grifou-se.

do dever de proteção estatal, também deveres fundamentais ao encargo dos particulares possuidores.<sup>359</sup>

Diante de tais considerações, Alfonsin aponta para o não-cumprimento da função social da terra como caracterizador de abuso de direito e da violação dos direitos fundamentais à moradia e à alimentação de não-proprietário e não-possuidores.<sup>360</sup> Tal entendimento reforça a vinculação direta existente entre o direito de posse e a concretização de outros direitos fundamentais.

O autor ainda defende a existência de um “território interior não dominial” na configuração da propriedade, o qual é preenchido pelos direitos fundamentais (entre os quais, alimentação e moradia) de pessoas (ou mesmo coletividades) não-proprietários (que tornar-se-iam possuidores), impondo-se, a partir de tal leitura, que, diante de um conflito sobre terra entre o “território não dominial” (existencial) de toda uma coletividade e o “território dominial” (patrimonial), não havendo outra solução que o sacrifício de um dos direitos em colisão, os direitos sacrificados deverão ser aqueles que guardem uma dimensão patrimonial.<sup>361</sup>

O mesmo raciocínio, tendo em conta a dimensão existencial inerente à tutela ambiental, pode ser transportado para os conflitos entre o direito de propriedade e a proteção ambiental, ainda mais quando esteja em jogo a garantia constitucional de um mínimo de qualidade ambiental indispensável a uma vida com dignidade.<sup>362</sup>

Dessa forma, quando o possuidor dá uma destinação sócio-ambiental ao bem possuído, não há dúvidas de que o mesmo deve ser mantido na posse do mesmo. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná, posicionou-se de acordo com os ditames constitucionais ao decidir que não comete abuso de direito o possuidor que realiza obras com a finalidade de preservar o meio ambiente. Referida decisão foi assim emendada:

Apelação cível - ação cautelar inominada - abuso de direito de posse em servidão - plantio de árvores e folhagens - embelezamento e contenção de chuvas e erosão - obras realizadas dentro do limite territorial da servidão - permissivo do art.

---

<sup>359</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

<sup>360</sup> ALFONSIN, op. cit.

<sup>361</sup> Ibidem.

<sup>362</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

1380, cc - abuso não configurado - decisão reformada - recurso provido. Não comete abuso de direito de posse sobre servidão aquele que, detentor da mesma, realiza obras dentro de seu limite territorial com a finalidade de embelezar, restaurar a natureza e o meio ambiente e conter erosão e chuvas, eis que sua conduta está protegida pelo artigo 1380 do CC. (TJPR - Sétima C.Cível (TA) - AC 0259000-5 - Almirante Tamandaré - Rel.: Des. Prestes Mattar - Unanime - J. 09.06.2004).<sup>363</sup>

Isso demonstra com correção que o exercício do direito de posse será sempre limitado pela função sócio-ambiental da posse. A conseqüência não é simplesmente a admissão de que a posse sofre limitações decorrentes do direito ambiental, mas que o próprio conteúdo dogmático do direito de posse deve ser compreendido já com a função sócio-ambiental da posse. Não há, pois, a posse e as restrições impostas pelo direito ao ambiente, mas direito de posse cujo conteúdo está funcionalizado pelo ambiente.<sup>364</sup>

Esta consciência acerca da importância do equilíbrio do meio ambiente para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, leva necessariamente a inserção da questão ambiental para o reconhecimento da função social da posse. Cabe ressaltar que a concepção econômica da posse, estabelecida por Saleilles, ressaltava a importância de tornar a terra produtiva, contudo não fazia nenhuma ressalva quando a necessidade de preservação dos recursos naturais.

Assim, o que se pretende é que o possuidor produza sem destruir os recursos naturais, com o objetivo de satisfazer o interesse social, não somente em benefício próprio, mas também da coletividade e das futuras gerações. A posse deve ser entendida como uma relação com resultados individuais e sociais simultâneos. Os meios empregados e os resultados alcançados devem estar de acordo com os objetivos jurídicos, entre eles, a proteção do meio ambiente e a vida com dignidade. Nos dizeres de Fensterseifer<sup>365</sup>:

É hora de retomar o curso da História no sentido de amarrar de forma adequada direitos e deveres, caso contrário o abismo crescente da desigualdade social e da distribuição de renda, bem como a crescente degradação ambiental projetará nossa comunidade humana de volta ao Estado de Natureza ou algo ainda mais primitivo em termos de organização social.

---

<sup>363</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 0259000-5. Rel. Des. Prestes Mattar. Julgado em: 09.06.2004. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br> Acesso em: 01 set. 2008. Grifou-se.

<sup>364</sup> GAVIÃO FILHO, op. cit.

<sup>365</sup> FENSTERSEIFER, op. cit. p. 209.

Percebe-se, portanto, que a terra deve ser aproveitada pelo proprietário e/ou possuidor não só no interesse do titular, mas de toda a coletividade, tendo em vista a sua importância na luta contra a diminuição da desigualdade social, bem como para a proteção dos recursos naturais.

Dessa necessidade de aproveitamento racional e adequado da terra, ou seja, respeitando a finitude dos recursos naturais, surge a importância de se reconhecer na posse uma função ambiental. A função ambiental da posse objetiva o uso sustentável da terra, pois para haver posse é preciso interagir com o meio. Nos dizeres de Mora<sup>366</sup>, a função ambiental da posse:

Configura-se quando as atividades e omissões intencionais do possuidor se dirigem especificamente a proteger um ou vários ecossistemas em determinado espaço, com a finalidade de manter o equilíbrio ecológico do mesmo. Este novo instituto jurídico emerge ante a grave ameaça que tolera a destruição do ambiente e como resultado da necessidade de criar novas figuras jurídicas que regulem as necessidades sociais atuais, baseadas na realidade. Assim, por meio da posse ecológica, é possível usufruir os benefícios da natureza e ao mesmo tempo protegê-la<sup>367</sup>. (tradução livre)

Assim, ante tudo o que foi exposto, com base na fundamentação da teoria dos direitos fundamentais, pode-se dizer que, no caso, há configuração de um “dever” constitucional-fundamental projetado a partir do “direito” fundamental ao ambiente, que condiciona e limita a amplitude de outro direito (no caso, a posse, além da propriedade), fazendo prevalecer à perspectiva objetiva daquele (proteção do ambiente) sobre a perspectiva muitas vezes subjetiva deste (posse e propriedade).<sup>368</sup>

---

<sup>366</sup> MORA, op. cit. p. 438.

<sup>367</sup> Se configura cuando las actividades y omisiones intencionales del poseedor se dirigen específicamente a proteger uno o varios ecosistemas en determinado espacio con la finalidad de mantener el equilibrio ecológico de estos. Este novedoso instituto jurídico emerge ante la grave amenaza que conlleva la destrucción del ambiente y como resultado de la necesidad de crear nuevas figuras jurídicas que regulen las necesidades sociales actuales, basadas en la realidad. Es así como por medio de la posesión ecológica, se logra poseer el bosque protegiéndolo a la vez.

<sup>368</sup> FENSTERSEIFER, op. cit.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente dissertação buscou-se, através do estudo das concepções de autores clássicos acerca da questão possessória, entre os quais destacam-se Frédéric Charles de Savigny, Rudolf von Ihering e Raymond Salleiles, fazer uma releitura do instituto jurídico da posse inserindo-o na problemática ambiental vivenciada atualmente pela sociedade brasileira.

Para atingir este objetivo, partiu-se das normas inseridas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, como forma de caracterizar o meio ambiente como um direito e um dever fundamental, e assim, evidenciar a importância da preservação ambiental para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Importa ressaltar que a presente dissertação teve a pretensão de efetivamente contribuir para o fomento da discussão acerca da questão possessória – um tema antigo, mas ainda muito atual –, interligando-a com a questão ambiental, e assim, gerando argumentos para o aprimoramento do instituto jurídico da posse como instrumento evolutivo do Estado e, conseqüentemente, da Sociedade.

Verificou-se que a primeira fase da proteção do meio ambiente no cenário jurídico brasileiro teve no Código Florestal, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e na Lei da Ação Civil Pública os seus grandes referenciais normativos. Ao passo que a segunda fase do direito ambiental brasileiro passou a ser impulsionado pelo advento da Constituição Federal de 1988, que destacou um capítulo próprio para a questão ambiental em seu texto.

Conclui-se que houve uma significativa mudança na forma de tratamento legislativo do meio ambiente. Anteriormente ao advento da Constituição de 1988, o meio ambiente era

visto apenas como um fornecedor de recursos naturais para o desenvolvimento econômico do país. Contudo, a conscientização acerca da importância do equilíbrio ecológico para uma vida digna, culminou com a disposição constitucional de que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Destarte, com o reconhecimento da importância da proteção do meio ambiente para a sobrevivência da humanidade, acabou por ser reconhecido um novo direito fundamental, tendo como objeto justamente a proteção jurídica do meio ambiente. A proteção ambiental enquanto direito fundamental, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida das pessoas.

Houve uma decisão tomada pelo constituinte brasileiro de reconhecer a qualidade do meio ambiente como um requisito essencial à vida com dignidade. Buscou o constituinte assegurar uma vida digna para todas as pessoas, sendo que para atingir tal objetivo foram estabelecidos deveres tanto por parte do Poder Público como por parte da sociedade com relação ao meio ambiente.

O que bem se evidencia, é que além de haver um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há um dever fundamental de proteção desse meio ambiente. Dito dever reside no fato da pessoa não existir isoladamente e sua liberdade não ser absoluta e, portanto, deve estar ciente de que suas ações também acarretam danos ao meio ambiente em que vive, sendo igualmente responsável pela preservação e manutenção da qualidade ambiental.

Justamente a idéia de uma liberdade absoluta acabou reproduzindo no âmbito social um quadro crescente de injustiça. As pessoas não podem se considerar desvinculadas da realidade social em que vivem, pelo contrário, têm o dever jurídico de respeitar os valores constitucionais e infraconstitucionais, especialmente aqueles que afetam os direitos fundamentais das demais pessoas que integram a coletividade.

Assim, importa destacar que o direito ao meio ambiente saudável capaz de proporcionar uma boa qualidade de vida às pessoas consiste em direito-dever, uma vez que a pessoa é, ao mesmo tempo, titular de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e titular de um dever de defender e preservar esse mesmo ambiente.

Conclui-se, portanto, que quando a questão da qualidade do meio ambiente é abordada, não há como desvinculá-la do direito à vida, justamente pelo fato de que não há como haver vida se o ambiente em que as pessoas vivem não lhes possibilita o mínimo de dignidade.

Outrossim, outro tópico desta dissertação é a constatação de que a posse é uma instituição diretamente enraizada na realidade social, não havendo dúvidas de que é portadora de uma função social latente, estando intimamente interligada com a realidade fática de milhares de pessoas que não possuem condições de adquirir uma área de terra para morar e produzir.

Nesta linha de idéias, conclui-se que a noção de posse surge de si mesma como forma de apossamento de bens. Ou seja, a pessoa deve demonstrar que efetivamente está utilizando o bem. Ao analisar o instituto da posse dessa maneira, não importa se a utilização do bem advém de um título ou se é resultado de um fato, o importante é que a pessoa dê uma destinação social e econômica ao bem possuído.

É exatamente o fato de possuir e utilizar um bem que legitima o instituto jurídico da posse. Nesse sentido, a utilização do bem realça a posse contra o título, distanciando-se do dilema “posse de direito” ou “posse de fato”, para situar a posse como situação jurídica. Dessa forma, a posse passa a ser vista como um instituto dinâmico e útil para proveito de toda a sociedade.

Assim, é através da posse com função social que o bem imóvel, urbano ou rural, pode atender aos direitos fundamentais de moradia, trabalho e equilíbrio ecológico e tal circunstância por si só sugere a necessidade de proteção especial à posse que cumpra sua função social, seja ela exercida a título de propriedade ou não, tendo em vista que a posse qualificada exige exercício contínuo da utilização do bem.

Convém reafirmar nestas considerações finais, como exposto ao longo da dissertação, que a questão ambiental está intimamente ligada com a questão social e, portanto, o direito possessório também passa a incorporar a variável ambiental na interpretação de seus

preceitos. Por incorporar a variável ambiental na interpretação de seus preceitos, o possuidor – no uso e na exploração da terra – tem o dever fundamental de proteção do meio ambiente.

Percebe-se, portanto, que dentre os requisitos essenciais para a verificação do atendimento da função social está a dimensão ambiental da posse e de que forma o bem possuído é explorado, visando justamente a manutenção do equilíbrio ecológico que encontra-se consagrado na Constituição Federal brasileira.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que a produtividade da terra alcançada através da posse funcionalizada deve ser entendida como um processo permanente, ou seja, não pode ser considerada produtiva e, conseqüentemente, cumpridora de uma função social, a terra que esgota os recursos naturais a ela associados, inviabilizando seu uso pelas gerações futuras. O possuidor deve utilizar a terra de forma racional, deve produzir sem esgotar os recursos naturais.

A terra deve cumprir uma função social que garanta a todas as pessoas efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Todos têm o direito à moradia, ao trabalho e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que através da posse estes direitos podem ser alcançados, atendendo às necessidades individuais do possuidor, bem como proporcionando vantagens para toda a coletividade.

Conclui-se, portanto, após a análise da problemática ambiental e da questão possessória, que o enfrentamento dos problemas ambientais passa necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, tratados de forma específica nesta dissertação, o direito à moradia e o direito ao trabalho, tendo em vista que a falta de tais direitos também é causa potencializadora da degradação ambiental.

Pensar o instituto da posse da mesma forma como vem sendo pensado significa não responder às necessidades sociais, econômicas, ambientais e jurídicas de nosso tempo. A realidade de desigualdades sociais vivenciada pela sociedade reclama um novo posicionamento, uma nova retórica fundada nos princípios e fundamentos constitucionais e infraconstitucionais.



Diante do perfil constitucional brasileiro não se pode negar que a posse tem uma função ambiental a desempenhar, consubstanciado no dever do possuidor de observar a legislação ambiental e dirigir a exploração do bem no sentido da melhoria da qualidade de vida dos que vivem na área possuída, bem como de toda a coletividade.

Assim, é importante efetivar uma releitura do instituto jurídico da posse, como forma de acesso à moradia e ao direito ao trabalho, bem como para a manutenção ou recuperação do equilíbrio ecológico; contribuindo de forma decisiva para uma melhor distribuição de renda e, conseqüentemente, para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e para a proteção do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil e Constituição Federal. 59.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1975. Dispõe sobre o novo Código Florestal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm)> Acesso em: 11 jul. 2008.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)> Acesso em: 11 jul. 2008.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: Porto Alegre e o urbanizador social. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. A força normativa das necessidades frente ao direito de propriedade: apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, Juvelino (org.). *Questões agrárias*. São Paulo: Método, 2002.

ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagem de valorização*. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

ALMEIDA, Washington Carlos de. *Direito de propriedade: limites ambientais no Código Civil*. Barueri, SP: Manole, 2006.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense: 1991.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: Editora da URI, 1998.
- AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse: efeitos e proteção*. 5.ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.
- BENATTI, José Heder. *Posse agroecológica & manejo florestal*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BERTAN, José Neure. *Propriedade privada & função social*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: Ltr, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é direito ambiental*. Florianópolis: Habitus, 2003.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo. A nova proteção possessória. In: CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). *Lições de direito civil alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 15 jul. 2008.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DUARTE, Marise Costa de Souza. *Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise*. Curitiba: Juruá, 2003.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Público y Privado*. Tradução do Francês por Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

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

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIL, Antonio Hernandez. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1969.

IHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. 2.ed. Tradução de Pinto de Aguiar. Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

\_\_\_\_\_. *La Posesión*. Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel: implicações no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

MARQUES, Nilson. *O elemento social da posse*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1983.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários & função social*. Curitiba: Juruá, 2001.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo X. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. tomo XI. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MORA, Eduardo Chacon. Una forma de poseer en beneficio de todos. In: Congresso Mundial de Direito Agrário. *Direito agrário e desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: UMAU, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Posse e propriedade*. 3.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente & propriedade rural*. Curitiba: Juruá, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

SALEILLES, Raymond. *La Posesión*. Tradução de J. M. Navarro de Palencia. Madri: Libreria General de Victoriano Suárez, 1909.

SANTILLI, Juliana. Os “novos” direitos socioambientais. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito Ambiental em Evolução* – N° 5. Curitiba: Juruá, 2007, p. 223.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAULLE JÚNIOR, Nelson. Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 4.ed. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1893.

SCHÄFER, Gilberto. Usucapião especial urbana: da Constituição ao Estatuto da Cidade. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

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

VIANA, Marco Aurélio de S. *Curso de direito civil*. v. 3. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993.

VULCANIS, Andréa. Direito ambiental e direitos humanos fundamentais: de uma base epistemológica à fundamentação jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito Ambiental em Evolução – N° 5*. Curitiba: Juruá, 2007.

YÁGÜEZ, Ricardo Angel. *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1982.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01.09.2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 28 mai. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 154.906/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em: 04.05.2004. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)> Acesso em: 05 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Intervenção Federal 79/PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 02.12.2003. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)> Acesso em: 28 jul. 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 0274327-7. Rel. Des. Juiz Conv. Sérgio Roberto N Rolanski. Julgado em: 03.10.2007. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)> Acesso em: 17 ago. 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Pedido de Intervenção Federal nº 0309222-8. Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin. Julgado em: 19.03.2007. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)> Acesso em: 03 ago. 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Pedido de Intervenção Federal nº 014086900. Rel. Des. Plínio Cachuba. Julgado em: 01.07.1994. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)> Acesso em: 03 ago. 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 0259000-5. Rel. Des. Prestes Mattar. Julgado em: 09.06.2004. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br)> Acesso em: 01 set. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 598360402. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em: 06.10.1998. Disponível em: <[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 05 jun. 2008.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 597163518. Rel. Des. João Pedro Pires Freire. Julgado em: 27.12.2000. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70016241440. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. Julgado em: 26.10.2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014558530. Rel. Des. José Francisco Pellegrini. Julgado em: 10.07.2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70018468371. Rel. Des. Wellington Pacheco Barros. Julgado em: 28.03.2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022458244. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar. Julgado em: 09.04.2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 14 ago. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Quarta Câmara Cível. Mandado de Segurança nº 195050976. Rel. p/acórdão Des. Moacir Haeser. Ementa do voto vencido juiz Márcio Puggina. Revista de Julgados do Tribunal Alçada do Rio Grande do Sul nº 97, apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 374; 401-402.