Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Magalhães de Mattos

Aquisição social onerosa e privada da propriedade: artigo 1228, §4º e §5º do código civil

Rio de Janeiro

2013

Bruno Magalhães de Mattos

Aquisição social onerosa e privada da propriedade: artigo 1228, §4º e §5º do código civil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito da Cidade.

Orientadora: Profª. Drª. Rosângela Maria de Azevedo Gomes

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M444 Mattos, Bruno Magalhães de.

Aquisição social onerosa e privada da propriedade : artigo 1228, §4º e §5º do código civil / Bruno Magalhães de Mattos. – 2013.
143 f.

Orientadora: Prof.ª Drª. Rosângela Maria de Azevedo Gomes.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais- Teses. 2. Direito de propriedade -Teses .3. Direito civil - Teses. I. Gomes, Rosângela Maria de Azevedo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura Data

Bruno Magalhães de Mattos

Aquisição social onerosa e privada da propriedade:
artigo 1228, §4º e §5º do código civil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito da Cidade.

Aprovada em ___/___/____.

Banca Examinadora:

_____

Profa. Drª. Rosângela Maria de Azevedo Gomes (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Edison Monteiro
Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Eduardo Domingues
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2013

AGRADECIMENTOS

À professora Rosângela Gomes, minha orientadora, pela assistência e preciosos ensinamentos.

Aos professores do curso de mestrado da UERJ e demais colegas de sala, pela substancial parcela de conhecimento compartilhada.

Aos meus pais e ao meu irmão, pelo inesgotável suporte.

A Raquel, meu amor e inspiração, por tanto me encorajar a produzir este trabalho, assim como sempre o faz, incondicionalmente, diante de qualquer desafio em nossa vida.

Aos meus colegas de trabalho da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em especial a André Campos de Miranda Lemos, Flávio Ferreira Peçanha, José Renato Teixeira Videira, Rosangela Pereira Nunes Maldonado, Suely Lima Teixeira e Paulo Roberto Leite Ventura (*in memoriam*), não apenas pelos debates jurídicos travados que engrandecem o conhecimento jurídico, mas também pela compreensão em razão dos dias de ausência dedicados à elaboração da presente dissertação.

RESUMO

MATTOS, Bruno Magalhães. *Aquisição social onerosa e privada da propriedade*: artigo 1228, §4º e §5º do código civil. 2013. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A pesquisa proposta pretende esclarecer os pontos obscuros e controvertidos do artigo 1228, §4º e §5º do Código Civil, tendo por finalidade a busca da efetividade de tal dispositivo legal, que possui, na sua essência, o reconhecimento do direito fundamental de moradia e, ainda, tutela o direito ao trabalho. O dispositivo em questão rompe com o paradigma da posse como mera sentinela avançada do direito de propriedade e reconhece a defesa da posse autônoma exercida por aqueles que realmente cumprem com a sua função social. A partir do preenchimento dos requisitos previstos na lei, concede-se a legitimação da posse aos possuidores e, com o pagamento da indenização ao proprietário, converte-se a posse em direito de propriedade. Dessa forma, o instituto visa não apenas à regularização fundiária de áreas urbanas ou rurais, mas, principalmente, à efetividade dos direitos fundamentais de moradia e trabalho, que dão substância ao principio norteador de qualquer sociedade civilizada: o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, na busca pela efetividade do dispositivo, o estudo tem ainda como finalidade desenvolver a natureza jurídica específica do instituto, reconhecendo-o como um modo autônomo de aquisição onerosa do direito de propriedade, não se equiparando a formas de desapropriação ou de usucapião do direito de propriedade.

Palavras-chave: Artigo 1228, §4º e 5º do Código Civil. Função Social. Direito fundamental de Moradia e Trabalho. Regularização fundiária. Aquisição social onerosa e privada da propriedade.

ABSTRACT

MATTOS, Bruno Magalhães. *Costly private social acquisition of property*: article 1228, § 4 and § 5 of the Civil Code. 2013. 143f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The proposed research aims to clarify the obscure and controversial points presented in the article 1228, § 4 and § 5 of the Civil Code, aiming at the effectiveness of this legal device which has at its core the acknowledgment of the fundamental right to housing and even guards the right to work. The device in question breaks the paradigm of possession as a mere advanced outpost of law of property and recognizes the defense of autonomous possession made by those who actually fulfill their social role. After the fulfillment of the requirements foreseen by law, it is granted the legitimacy of the possession to the possessors, and as compensation, pay the possession to the proprietor is turned into ownership right. Thus, the institute aims not only the regularization of urban and rural areas, but mostly the effectiveness of the fundamental rights of dwelling and work, which strengthen the mainstream principle of any civilized society, that is, the principle of human dignity. Thus, in the pursuit of the effectiveness of the advice, the study also aims to develop the specific legal nature of the institute, recognizing it as an autonomous way of costly acquisition of property law, not being equated with ways of dispossession or prescription of real property right.

Keywords: Article 1228 § 4 and § 5 of the Civil Code. Social Function. Fundamental rights of Dwelling and work. Regularization. Social and costly acquisition of private property.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
BNDS	Banco Nacional do Desenvolvimento Social
CC	Código Civil – Lei nº 10.406, de 10/01/2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11/09/1990
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11/01/1973
PMCMV	Programa Minha Casa Minha Vida
MS	Mandado de segurança – Lei nº 12.016, de 10/08/2009
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	08
1	**O PROCESSO HISTÓRICO DE EXCLUSÃO SOCIAL**.....	11
1.1	**A ocupação da cidade**.....	17
1.2	**O direito de propriedade e a posse funcionalizada**.....	35
2	**ANÁLISE DO ART. 1228, §§ 4º, 5º DO CÓDIGO CIVIL**.....	58
2.1	**A constitucionalidade do artigo 1228, §§ 4º, 5º do Código Civil**.....	60
2.2	**A natureza jurídica do instituto**.....	63
2.3	**Os requisitos do Art. 1228, § 4º do Código Civil**.....	73
2.3.1	Os requisitos de defesa da posse (Art. 1228, §4º).....	74
2.3.2	Interesse social e econômico relevante para obras e serviços	84
2.3.3	A boa-fé dos possuidores no ato de ocupação do imóvel alheio	87
2.4	**A possibilidade de arguição do instituto nas ações possessórias**	91
2.5	**A aplicação do instituto em face de bens públicos**	95
2.6	**O requisito da aquisição da propriedade imóvel (Art. 1228, § 5º)**	100
3	**A AQUISIÇÃO SOCIAL ONEROSA DA PROPRIEDADE IMÓVEL**.....	115
3.1	**Importância do novo instituto como instrumento de regularização**	
4	**fundiária**	117
	CONCLUSÃO.....	130
	REFERÊNCIAS.....	136

INTRODUÇÃO

É certo que atualmente o artigo 1228, §4º e § 5º do Código Civil, encontra-se em completo desuso, muito em razão dos seus pontos obscuros, mas principalmente pela falta de iniciativa por parte daqueles que têm acesso à informação e que deveriam propor um estudo mais aprofundado sobre o tema, bem como apresentar uma solução processual para o liame existente entre o fato previsto no parágrafo quarto e a consequência jurídica trazida no parágrafo quinto – que é hoje, talvez, o maior imbróglio do dispositivo em questão: como trabalhar a questão do direito de indenização conferido ao proprietário, cujo nome consta no registro de imóveis?

Note-se que o novo Código Civil completa, em 2013, dez anos de vigência, e, até o presente momento, não se tem uma aplicação concreta do dispositivo em exame, sendo certo que a jurisprudência que poderia servir de norte para a sua aplicação é completamente nula a respeito, o que dificulta ainda mais o desenvolvimento do instituto.

No caso específico do artigo 1228, §4º e § 5º do CC, são até compreensíveis os pontos obscuros da norma, obscuridade que não deve ser encarada meramente sob um prisma negativo, mas sim, como uma forma de abarcar situações que, em um primeiro momento, não poderiam ser vislumbradas pelo legislador, uma vez que se vive em uma sociedade em constante mutação física e ideológica.

Essa "obscuridade positiva", se assim se pode dizer, seriam os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que, conforme será desenvolvido linhas à frente, constitui-se em uma técnica legislativa que possibilita ao magistrado um maior poder decisório, ou seja, os juízes passam a ser criadores e livres intérpretes da lei, afastando a ideia do juiz que somente decide pela subsunção do fato à norma.

Dessa forma, será o caso concreto que direcionará a decisão do magistrado e não requisitos imaleáveis previamente previstos na lei, isto porque, e neste ponto cabe um elogio ao legislador, o nosso país possui dimensões continentais e, em razão disso, os casos que batem às portas do Judiciário possuem cada qual sua peculiaridade – sobretudo em matéria de posse. Dessa forma, o que será extensa área para determinado juiz de um Estado da Federação, pode não o ser para outro, ou seja, essa adequação é fundamental para eficácia da aplicação do disposto no §4º do artigo 1228 do Código Civil.

Não se pode concordar com a obscuridade que inviabiliza a aplicação de um determinado instituto e que, em muitas vezes, é confundida com os conceitos jurídicos

indeterminados, justamente para deixar em estágio de letargia determinados institutos que são contrários a interesses patrimoniais preponderantes e que beneficiam grupos minoritários da sociedade.

O artigo em questão, diante dessa amplitude de conceitos, engloba diversas situações vivenciadas pelos possuidores. Esses ocupantes podem tão somente morar ou apenas trabalhar no local em relação ao qual receberão a tutela do ordenamento jurídico, já que terão realizado no imóvel obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

O mesmo pode ser dito daqueles que realizam apenas serviços no local, uma vez que já encontraram alguma acessão instituída na propriedade ocupada. Não seria razoável exigir que esse cidadão demolisse as construções já existentes para realizar obras e assim preencher o requisito específico do artigo em estudo.

Outrossim, a importância da extensão do dispositivo para a moradia está no fato de ele trazer para a regularidade um número bastante significativo de pessoas que hoje vivem na informalidade e que estão impossibilitadas de negociar seus imóveis pela falta do registro de propriedade.

Outra virtude do instituto é a inexistência do *"animus domini"* para a aquisição da propriedade, *animus* este previsto para a usucapião e que nem sempre é de fácil comprovação, vide as complexas questões de intervenção da posse e início de prazo para contagem da prescrição aquisitiva.

No caso do artigo 1228, §4º e § 5º do CC, basta o exercício da posse pelo prazo previsto na lei, bem como o preenchimento dos demais requisitos para a obtenção do título de propriedade, o que inclusive traz autonomia decisória para os requentes – com frequência, população de baixa renda, que necessita constantemente de políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo, principalmente na área habitacional, e que nem sempre são atendidas.

Assim explicita-se a importância do estudo em questão, que busca desenvolver, por meio dos estudos já realizados pela doutrina, a eficácia do dispositivo em questão, que, junto com a usucapião, a legitimação de posse e a concessão de uso para fins de moradia, é mais uma alternativa para a regularização fundiária independente da participação dos órgãos públicos.

No presente estudo, será discutida a constitucionalidade do dispositivo, bem como a sua natureza jurídica, que se entende como uma forma de aquisição onerosa e privada da propriedade. Os requisitos previstos na lei para que o ocupante se torne proprietário serão apresentados e estudados. Será ainda defendida a possibilidade da arguição do instituto nas

demandas possessórias e não apenas nas demandas reivindicatórias, conforme sugere o dispositivo.

Por não se tratar de uma modalidade de usucapião, conforme será demonstrado, defender-se-á a sua aplicação em face dos bens púbicos.

A lei prevê ainda, como forma de equilibrar princípios constitucionais em conflito, o direito do proprietário de receber uma justa indenização pela perda do imóvel para o possuidor, assim sendo, será desenvolvido o critério e os conceitos que definem o sentido de justa indenização.

Será também discutido se existe ou não o direito do possuidor de permanecer no imóvel caso a indenização não venha a ser paga, bem como os meios para que isso não ocorra, o que desnaturaria o dispositivo em análise.

Por fim, o estudo pretende apresentar o instituto como um importante instrumento para a regularização fundiária, dando eficácia aos direitos fundamentais sociais e consequentemente ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

A moradia e o acesso ao trabalho são fundamentais para que a pessoa atinja a condição de cidadão integrado socialmente e viva de forma digna. Dessa forma, o lar e o emprego integram o direito da personalidade, valores próprios da pessoa, que transcendem o aspecto meramente material que o direito de propriedade consagra.

Aplicar de forma corriqueira o disposto no artigo 1228, §4º e § 5º do Código Civil, é agir em respeito aos princípios de um Estado Social de Direito e, como já dito, o que aqui se propõe é justamente esclarecer as controvérsias doutrinárias e sugerir mecanismos que permitam a afetividade da norma.

1 O PROCESSO HISTÓRICO DE EXCLUSÃO SOCIAL

A presença do Estado nas Américas alterou aos poucos a utilização coletiva do solo, dando início a um processo sem volta, primeiramente de privatização de bens móveis, e depois do solo, estabelecendo-se assim a nítida diferença entre o público e o privado.[1]

O Estado de outrora inverteu os papéis, ao privilegiar juridicamente o indivíduo e as relações existentes, não priorizando a coletividade em relação ao indivíduo, e elevando o indivíduo singular como centro referencial.

No que tange à dicotomia entre público e privado, expõe Nelson Saldanha que

> um dos ideais por assim dizer implícitos do liberalismo consistiu precisamente – sob certo aspecto – na procura de um equilíbrio entre a ordem privada e a pública. Este equilíbrio terá sido mais uma das conciliações visadas ou propiciadas pelo relativismo liberal, porquanto o anarquismo repudiava a esfera pública, ao recusar todo governo e todo comando exterior ao indivíduo, e o socialismo (com seus diversos gêneros) se inclinava a preocupar-se muito mais com o social e com sua reordenação do que com os indivíduos. É certo que o equilíbrio visado pelo credo liberal veio logo cedo a romper-se por força da concentração do capital e dos processos desigualitaristas que o capitalismo implicava e que veio a ensejar; é certo que a fórmula do Estado liberal, concebido como "mínimo" e como coonestador da harmonia entre liberdades, era impraticável; é certo que o mundo burguês envolveria uma série de injustiças sociais. Foi porém a imagem burguesa do equilíbrio entre o lado público e o lado privado do viver, que preservou as melhores configurações de cada um destes lados, na experiência histórica contemporânea. Sem chegar a dizer, como Max Weber, que o ideal democrático minimiza o poder, pois o reparte ao máximo (esta partição extrema poderia ser a própria despolitização da política), podemos continuar valorizando o sentido burguês da limitação do Estado (a não ser que o aceitemos como onipotência), que é uma delimitação do publicismo, juntamente com o sentido da participação potencial de todos, que é uma delimitação do privatismo.

Especificamente no Brasil Colônia, com o fracasso inicial das Capitanias Hereditárias e, posteriormente, com as sesmarias,[2] marcou-se o começo da grande questão fundiária no território brasileiro, que, mais tarde, viria a constituir-se em latifúndio improdutivo, porque as grandes terras outorgadas não eram suficientemente exploradas nem ocupadas por seus titulares.

A idealização das sesmarias, de origem portuguesa, surgiu em 1375, no intuito de frear a crise econômica vivida por Portugal em razão da peste negra.

---

[1]SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado "privado" e o lado "público" da vida social e histórica. *Revista Ciência e Trópico*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, v. 11, nº 1, jan/jun.,1983, p.118.

[2]O erro de base do sesmarialismo brasileiro, repitamos, consistia em haver-se transplantado, quase sem nenhum retoque, a legislação reinol para meio totalmente diverso, de tal modo pesando as influências diferenciadoras de espaço e tempo que, via de regra, ou o sistema não funcionou, ou funcionando, acarretou, aqui, resultados opostos àqueles obtidos em Portugal. (PORTO, Costa. *Estudo sobre o Sistema Sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965, pág. 58-59).

Com relação a essa questão, expõe Márcia Maria Menendes Motta:[3]

> A doença e os surtos endêmicos posteriores abateram profundamente a sociedade portuguesa, tanto nas áreas urbanas quanto nas rurais. A fuga dos trabalhadores para os centros urbanos, em busca de melhores condições de vida, reverteu-se num agravamento ainda maior da crise, pois a carência de mão-de-obra no campo reduzia ainda mais a produção agrícola. Em todas as regiões de Portugal, do norte ao sul do pequeno país, o despovoamento era a regra. Assim, na intenção primeira de estimular a agricultura, obrigando o cultivo de terra abandonadas, foi promulgada a lei de 1375 – para muitos, uma lei agrária.

As sesmarias, portanto, buscavam coagir o dono da terra a exercer sobre ela a sua função social sob pena de expropriação. Não era um modelo unânime em Portugal, mas era bem aceito pela população em geral apesar dos estudos históricos não fornecerem evidência quanto a esta informação.[4]

O certo é que tal modelo foi aplicado em diversas colônias portuguesas, inclusive no Brasil, até o ano de 1822.

Quanto ao sistema brasileiro de sesmarias, o que preponderou para o seu fracasso foi a forma utilizada pelo governo português com relação à distribuição de terras.

Os responsáveis pela concessão não respeitavam os critérios técnicos estabelecidos, e recebia as terras, frisa-se, grandes terras, quem possuía influência política e econômica perante os governadores. A questão era subjetiva, discriminava o pequeno agricultor e violava as regras contidas no Alvará de 08 de dezembro de 1590.

Marcos Alcino de Azevedo Torres,[5] ao citar José Eduardo da Fonseca, transcreve trechos do referido alvará que assim dispunha:

> "Eu, El-Rey, faço saber... que, pela informação que tenho do grande benefício, e muito proveito que se poderá conseguir a meus vassalos, de se povoarem terras do Brasil, e querendo que os fructos e proveitos dellas se lhes comuniquem, para que com mais facilidade as queiram povoar, e viver nellas, para lavrar e aproveitar: hei por bem e me apraz que todas as pessoas, que forem com suas mulheres e filhos a qualquer parte do Brasil, lhes sejam dadas terras de sesmarias, para nellas plantarem seus mantimentos, e fazerem roças de canaviaes para sua sustentação, conforme a qualidade e família dos ditos casados..."

A intenção do governo português com a política das sesmarias era povoar o território brasileiro, no intuito de resguardá-lo das invasões que poderiam ser cometidas por outros

---

[3]MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil:* A gestação do conflito, 1795-1824. São Paulo: Alameda, 2009, p.15.

[4]Márcia Maria Menendes, citando Nuno Gonçalo Monteiro, aduz que se conhece pouco sobre a incidência concreta da aplicação da lei de sesmarias: "embora constantes de muitos forais, (...), os sesmeiros foram uma figura escassamente presente, ao que se sabe, na história portuguesa da época moderna". In: Nuno Luiz Madureira (coord.). *História do trabalho e das ocupações*, v. 3. A agricultura: dicionário das ocupações. (org. por Conceição Andrade e Nuno Gonçalo Monteiro). Oeiras: Celta, 2002, p. 339.

[5] FONSECA, 1922 apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A posse e propriedade* – Um conflito em torno da função social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 28.

povos, mas diante da ganância e individualismo do ser humano, a intenção e o fomento da pequena propriedade foram deixados de lado, privilegiando poucos e incrementando as grandes ocupações, que permitiam a seus titulares arrendá-las ou subconcedê-las a quem realmente tinha interesse de explorá-las.

Aponta Leandro Ribeiro da Silva:[6]

> Os homens ricos, valendo-se da influência que desfrutavam nas cidades, da inconsistência das leis, bem como do abandono da terra pelos colonos, aumentaram sensivelmente suas divisas, muitas vezes expulsando sumariamente o pequeno agricultor não lhe permitindo menor condição de ocupação. Outras vezes, os sesmeiros mais ricos e poderosos desestabilizavam os mais fracos, visando a obtenção de terra, quer pelo abandono, quer pela transferência a preço vil. Enfim, foi um período de muita desordem, que, certamente, concorreu para desestruturar o solo rural brasileiro.

O pequeno produtor, que não dispunha de capital, estava deixado à sua própria sorte, porque, quando não ocupava as sobras, ou seja, terras que se situavam nos limites divisórios das grandes propriedades, caminhava rumo ao interior e ocupava terras que não despertavam interesse dos sesmeiros, alargando terrenos sem estrutura, o que consequentemente, gerava um processo de exclusão social, fomentado pela necessidade de sobrevivência por meio da cultura de subsistência.

Para tentar conter os desmandos até então praticados na concessão de terras a particulares, bem como estabelecer os limites entre propriedades, diversos atos legislativos foram editados pelo governo português, como por exemplo, a Carta Régia de 13 de março de 1797, que proibia a concessão de sesmarias junto às costas marítimas e à margem dos rios que as serviam; o Alvará de 05 de outubro de 1797, que consolidou as disposições esparsas então vigentes; o Alvará de 25 de janeiro de 1807, que ordenou que a Mesa do Desembargo do Paço não mandasse passar carta de concessão ou de confirmação de sesmarias aos Governadores e Capitães Generais, sem prévia medição judicial definitivamente julgada por sentença; o Decreto de 22 de julho de 1808, que permitiu que os Governadores e Capitães Generais continuassem a dar sesmarias, solicitando confirmação à Mesa do Desembargo do Paço e assinatura real; o Alvará de 25 de novembro de 1808, que permitiu que se concedessem sesmarias a estrangeiros residentes no país, e, ainda, o Alvará de 25 de janeiro de 1809, que estabeleceu como obrigatória para a concessão de sesmarias a sua prévia medição e demarcação, com a citação de todos os confrontantes. Diante de tal procedimento, criou-se em cada vila o cargo de Juiz de Sesmarias e outro, de piloto para medições e demarcações, que serviriam por três anos. [7]

---

[6]SILVA, Leandro Ribeiro. *Propriedade Rural*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.113.
[7]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 55-56.

O governo suspendeu a concessão de sesmarias até que Assembleia Constituinte disciplinasse a questão. A decisão se manteve mesmo com a chegada da família real portuguesa no início do século XIX, que editou alguns dos alvarás acima mencionados para tentar conter os desmandos até então praticados, no ano de 1822, diante do caos instalado quanto a titularidades e limites de terras.

A partir de 3 de maio de 1823, a Assembleia Constituinte se reuniu para a elaboração da primeira Constituição do Império Brasileiro. Contudo como seria possível a legitimação de terras por um Estado com questões tão controversas acerca da propriedade privada brasileira, ainda mais quando muitos dos deputados participantes da aludida Assembleia eram donos de glebas irregulares?

Obviamente, a questão não se manteve, por motivos que não nos cabe discutir no presente trabalho, sendo certo que a dissolução da Assembleia Constituinte fez cair por terra qualquer possível avanço nos debates acerca dos fundamentos da propriedade territorial no Brasil.

A Constituição do Império foi promulgada em 25 de março de 1824 e consagrou como um direito inviolável e individual dos cidadãos brasileiros a propriedade privada, sem estabelecer critérios para a sua aquisição, afastando-a ainda da necessidade do cultivo para a sua manutenção e apoiada na mão de obra escrava.

Nesse período nebuloso de ocupação de terras do território brasileiro, o cenário era composto por legitimados que possuíam títulos concedidos pelo governo português, ou ainda, por aqueles que ocupavam terras sem título, como os posseiros e os próprios legitimados que expandiam seus domínios sem autorização.

Essa ausência regulatória perdurou até a edição da Lei de Terras de 1850.

Por sua vez, ensina Marco Aurélio Bezerra de Melo[8] que:

> com a Lei de Terras, verifica-se a forma como as posses particulares transformar-se-iam em propriedades no solo brasileiro. Tais modelos podem assim ser resumidos: a) compra e venda de terras devolutas, ressalvada a doação na hipótese de terras fronteiriças como estratégia de defesa de nosso território e se limitava a uma zona de dez léguas; b) revalidação das sesmarias anteriormente outorgadas e que tivessem cumprindo os seus encargos de cultivo e moradia, podendo ser estendidas ao representante do sesmeiro que estava livre de adimplir as suas obrigações previstas no instrumento de concessão; c) legitimação das posses sem oposição aos posseiros que estivessem cumprindo a função social da posse.

Por meio da Lei nº 601/50, o legislador buscou a formação da pequena propriedade, cujo objetivo era romper com a política até então praticada, ou seja, a propriedade deixaria de

[8]MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.23.

ser um privilégio, passando a ser considerada uma mercadoria, possibilitando seu acesso à camada mais humilde da população.

Ponto de destaque na Lei de Terras foi a possibilidade de legitimação de posses daqueles que, inclusive, não detivessem qualquer título sobre a terra. Para tanto era necessária moradia habitual e o cultivo da terra, ou seja, o exercício segundo a função social.

Contudo, a caracterização da terra como mercadoria, sob o império do individualismo e liberalismo vigentes, atrelada à necessidade de pagamento para a legitimação de posses, acabou gerando a falta de acesso à terra do modo formal imaginado pelo legislador de 1850 e que se reproduziu posteriormente com o advento do Código Civil de 1916 e também na atual codificação. A população mais carente não dispunha de renda suficiente para adquirir títulos de propriedade, ainda mais em uma época em que o crédito a prazo era quase inexistente e, mesmo que não o fosse, não existiam garantias suficientes para acautelar esse crédito.

Merece transcrição o pensamento de Miguel Lanzelloti Baldez[9] a respeito dessa questão:

> A classe trabalhadora, principalmente a grande maioria dela, formada por trabalhadores de baixo salário, subempregados, biscateiros e desempregados não tem, no Brasil, acesso à terra. O fato, consequência do processo histórico de acumulação capitalista, vai encontrar suas origens mais remotas no modo de produção escravagista, nos modos de aquisição e formação da propriedade durante o período colonial e, depois da lei 601, de 1850 (cuja compreensão exige uma leitura mais articulada com a lei, do mesmo ano, que extinguiu o tráfico negreiro, – transferia-se o cativeiro do homem para a terra: ver José de Souza Martins, *O cativeiro da Terra*), na adoção da venda e compra como modalidade principal de aquisição da propriedade e na consolidação dos latifúndios, através da medição e demarcação das sesmarias outorgadas e ocupações havidas enquanto vigorava o colonialismo.
> A terra, pois, sempre foi inacessível para o trabalhador. Quanto ao trabalhador escravo, porque era sobre ele que se estabelecia diretamente a dominação, e, mais tarde, relativamente ao trabalhador assalariado, submisso ao contratualismo do vínculo salarial, porque a terra, redefinida como mercadoria e envolvida pelo cerco jurídico do direito burguês, de classe, deveria destinar-se, consolidada a grande reserva fundiária, a financiar a imigração de trabalhadores europeus e, pelo obstáculo do preço, a direcionar a população trabalhadora ao mercado de trabalho.

Por essas afirmações, pode-se deduzir que, com a entrada em vigor da Lei de Terras, o Brasil passou do feudalismo para o capitalismo, com a substituição do regime escravocrata pelo assalariado, tornando a terra uma mercadoria de difícil acesso para a nova classe que surgia, a dos trabalhadores assalariados, que se via impossibilitada de realizar o sonho burguês da propriedade formal privada.

---

[9]BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Ainda a reforma urbana:* Notas sobre algumas conquistas institucionais: Mecanismos de concretização dos Conselhos de Participação Popular. Petrópolis: Reproarte Gráfica, 1991, p.5.

Nesse sentido, afirma Roberto Smith que a lei de terras é um marco histórico no processo de transição para o capitalismo no Brasil. Sendo certo que, segundo o autor:

> A propriedade privada, contudo, se absolutizara. Após 1850, a propriedade privada passou a contar com o respaldo estatal para amparar sua legitimação. A grande propriedade, o latifúndio improdutivo consolidaram-se através do processo de apossamento de terras, após a desagregação e a extinção da sesmaria. Sua regularização continuou a sofrer os obstáculos impostos pela restrição de áreas e seguiu sendo um processo demorado e violento. Após, a regulamentação da Lei de Terras, assiste-se a uma inversão na conduta do Estado em relação à identificação e demarcação da propriedade.(...) Evidentemente, processa-se no Brasil uma difícil transição que corresponde ao desvencilhamento da economia escravista. Os traços da "moderna propriedade fundiária" começam a ser gestados apenas a partir da segunda metade do século XIX, momento da legitimação pelo Estado da propriedade privada da terra. Não é, contudo, uma resultante de pressões e interesses dos "agricultores". Estes continuariam ainda constituindo uma classe economicamente subordinada ao capital mercantil. Não imporiam ainda o seu projeto ao Estado.[10]

O Código Civil de 1916, no seu artigo 524, instituiu a propriedade como um direito intangível, permitindo o seu exercício de forma absoluta. Tinha como norte a concepção liberal que originou os códigos do século XIX, tais como o francês, que conferia esse caráter absoluto à propriedade, sem qualquer preocupação com a função social,[11] atribuindo-se à propriedade um caráter estático, com fins meramente especulativos.[12]

---

[10] SMITH, Roberto. *Propriedade da terra e transição* – Estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 350-351.

[11]Pondera, entretanto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves que "mesmo antes de qualquer referência doutrinária à função social, a partir do final do século XIX, surgiram na França as primeiras restrições ao absolutismo do direito de propriedade por intermédio da teoria do abuso do direito. Lembramos dois casos paradigmáticos: a) proprietário que edifica uma enorme chaminé apenas com a finalidade de emanar gases no terreno do vizinho; b) proprietário que levanta alto muro com hastes de ferro, tão somente para causar danos aos dirigíveis que partiam do prédio contíguo. Nas duas hipóteses, as Cortes francesas entenderam que o direito de propriedade não poderia ser utilizado apenas com o propósito de causar danos a terceiros, sem o intuito de produzir qualquer proveito ao seu titular. Seriam chamados atos emulativos todos aqueles animados pela simples intenção de lesar interesses alheios. (ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 202).

Apenas a título de informação, o Código Civil de 2002 dispõe acerca da teoria dos atos emulativos no artigo 1228, §2º do Código Civil, o que é bastante criticado pela doutrina, uma vez que traz para o campo do abuso do direito questões subjetivas – o que é vedado pela concepção finalista prevista no artigo 187 do mesmo diploma legal e ainda porque hoje temos consagrado o uso segundo à função social que requer do proprietário uma conduta positiva na promoção dos valores sociais e constitucionais.

[12]Na dogmática civilística clássica, estudava-se a propriedade do ponto de vista exclusivamente estrutural (a partir da estrutura de poderes atribuídos ao proprietário). De fato, o Código Civil Brasileiro de 1916, assim como outros Códigos de ordenamentos da família romano-germânica, limitava-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. De um lado, o conteúdo econômico do domínio ou senhoria, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. De outro, o conteúdo propriamente jurídico, consubstanciado na faculdade de repelir, mediante ações próprias, a ingerência alheia. Percebe-se, pois, a positivação do direito de propriedade como garantia estrutural de poderes conferidos ao titular do direito subjetivo com vistas à tutela do conteúdo econômico e jurídico do domínio. De uma parte, o ordenamento assegurava ao titular do direito de propriedade um instrumental de tutela da senhoria, esgotando-se, assim, no direito subjetivo individual do proprietário, a possibilidade de aproveitamento econômico do bem. De outra, garantia ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem a detivesse, conferindo-lhe legitimidade para o exercício de ações postas à sua disposição para afastar ingerências externas – ações possessórias e petitórias –, circunscrevendo-se assim a tutela jurídica do domínio

Quanto ao nosso Código Civil de 1916, ao mencionar que a propriedade presumia-se ilimitada, deixava transparecer essa tendência individualista.

Nesse período da metade e fim do século XIX e início do século XX, o Brasil, especialmente no Rio de Janeiro – que recebeu a Família Real e se tornou sede do governo imperial e, posteriormente, com a Independência, passou à capital da República –, começou a sofrer com o crescimento habitacional. A cidade, sendo uma das poucas regiões do país que prosperava economicamente, atraía pessoas também de outros estados e países.

1.1 **A ocupação da cidade**

Como se observa nos dias de hoje, a então Capital Federal do final do século XIX e início do século XX não possuía políticas públicas voltadas para a habitação e, portanto, não detinha condições de abrigar dignamente todas essas pessoas que chegavam à cidade, contingente esse que se somava aos escravos recém libertados do regime escravocrata.

Diante da falta de estrutura oferecida pela metrópole e de acesso e investimento no campo, a população de baixa renda se viu forçada a ocupar as formas mais precárias de moradia existentes à época, os chamados cortiços[13].

Para se ter uma ideia, noticia Luiz de Queiroz e Robert Ribeiro[14] que dos 191.002 habitantes residentes na cidade do Rio de Janeiro em 1868, 21.229, cerca de 12%, viviam em cortiços. Entre 1870 e 1888, o número de cortiços cresceu de 642 para 1.331 e o número de quartos subiu de 21.229 para 46.680.

Note-se que a mão de obra para tarefas não intelectuais, que, na grande maioria dos casos, é desenvolvida pela população sem acesso à cultura e educação, sempre foi mal

---

como expressão máxima do direito subjetivo patrimonial. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179-180).

[13] As razões do adensamento das freguesias centrais nesse período continuaram a ser as mesmas, ou seja, a necessidade de uma população extremamente carente, tanto livre como escrava, de residir próximo aos locais de emprego. (...) A proliferação dos cortiços na área central (e mais valorizada), já há algum tempo, preocupava as autoridades públicas, que combatiam principalmente através do discurso sanitarista. (...) Destaca-se aí a administração do Prefeito Barata Ribeiro, que, em 1893, empreendeu verdadeira guerra aos cortiços, dentre os quais ao célebre Cabeça de Porco, para cuja destruição foi necessário planejar todo um esquema policial-militar. Começava aí um processo de intervenção direta do Estado sobre a área central da cidade, que viria a se intensificar sobremaneira a partir do início do século, e que seria responsável pelo aumento da estratificação social do espaço carioca. (ABREU, Maurício de Almeida. *A evolução urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IPP. 2008, p. 49-50)

[14]RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão de moradia***.** São Paulo: Nova Cultural; Brasiliense, 1985, p. 45.

remunerada e a consequência mais velada dessa decorrência foi a restrição de aquisição de determinados bens materiais e/ou manutenção de certas relações jurídicas, como, por exemplo, o aluguel ou a aquisição de propriedade imóvel.

Lúcio Kowarick[15] ensina que

> o cortiço possibilitava ao capital industrial em formação reproduzir a mão de obra a custos extremamente baixos, forjando uma modalidade de exploração em que todos os membros da família operária eram obrigados a trabalhar, o que, a seu turno, rebaixava a média dos salários pela incorporação em massa de crianças e mulheres no processo produtivo.

A situação específica de ocupação do Rio de Janeiro guarda certa peculiaridade, uma vez que a cidade, como já dito acima, foi por muitos anos a capital do país, e, quando deixou de sê-lo, passou a figurar como Estado da Federação, o que lhe permitia arrecadar tributos de competência tanto do estado como dos municípios. Tais fatores fomentavam a migração do campo sem investimento para uma cidade sempre tida como próspera.

Essa cidade que recebia investimentos das mais diversas ordens, primeiro com o café e posteriormente com a industrialização, necessitava de constante e barata mão de obra para incentivar a economia e gerar riqueza para as classes mais abastadas da sociedade.

A política de migração não era controlada e sequer projetada, acolhendo a cidade esse êxodo sem recursos; primeiro, nos cortiços, e, posteriormente, nas favelas.

Essa situação de exclusão se mantinha cômoda para a sociedade que, diante de algum quadro desfavorável aos seus interesses, adotava providências no sentido, não de favorecer os excluídos, mas sim de manter o *status quo*.

Vejam o exemplo do final do século XIX e início do século XX, quando a economia do café era prevalecente.

Nessa época, a cidade do Rio de Janeiro era vista no cenário internacional da *belle époque* como uma cidade caótica e insalubre, o que prejudicava o comércio internacional do café, e trazia, diante da proximidade dos cortiços com o centro comercial, o choque de realidade que incomodava a elite dominante.

Destarte, adotado um discurso sanitarista, foram removidos diversos cortiços do centro da cidade, sendo o mais emblemático o Cabeça de Porco.

Tal política de remoção, sempre com fulcro no discurso sanitarista, procurava demonstrar, a olhos nus, certa preocupação com a população de baixa renda e sua condição habitacional, mas na realidade deixava transparecer a estratificação social do espaço carioca.[16]

---

[15]KOWARICK, Lúcio. ANT, Clara. *Cem anos de promiscuidade:* o cortiço na cidade de São Paulo. As lutas Sociais e a cidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 50.

A remoção sempre se mostrou paliativa, até porque removia pessoas para áreas não atendidas por políticas públicas. Essas áreas, mesmo abastecidas por transportes públicos (primeiro os bondes e depois os trens), não fomentavam a permanência da população mais pobre: primeiro pela falta de estrutura; e segundo, pela falta de recursos dessa população para se utilizar periodicamente do transporte público.

A consequência, então, era o retorno dessas famílias de baixa renda para o centro ou zona sul da cidade, ou seja, para perto do local de trabalho, incentivando o aumento das ocupações irregulares e insalubres.

Mauricio de Abreu,[17] escrevendo sobre a Reforma Pereira Passos, conclui o período de forma única:

> O Período Passos se constitui em exemplo de como as contradições do espaço, ao serem resolvidas, muitas vezes geram novas contradições para o momento de organização social que surge. É a partir daí que os morros situados no centro da cidade (Providência, São Carlos, Santo Antônio e outros), até então desprestigiados como local de residência, passam efetivamente a ser ocupados, dando origem a uma nova forma de habitação popular – a favela.

No período subsequente, com a crise do café, surge a expansão imobiliária pela Zona Sul e industrial pelos subúrbios. Esta última ocorre sem qualquer apoio do Estado ou das concessionárias de serviços públicos, o que nos traz um ambiente caracterizado pela total ausência de benefícios urbanísticos.

---

[16] Sobre a revolta da vacina afirma José Murilo de Carvalho que a explicação mais óbvia é, naturalmente, que o motivo da revolta foi a obrigatoriedade da vacina. Há evidência da grande irritação popular com a atuação do governo na área da saúde pública, de modo especial no que se refere à vistoria e desinfecção das casas. As charges dos jornais e revistas documentam amplamente a crítica a essas atividades. Nas justificativas dos abaixo-assinados enviados à Câmara por operários, mencionou-se mais de uma vez como motivo de queixas à invasão das casas; a exigência de saída dos moradores para desinfecção, o dano causado aos utensílios domésticos. (...) O inimigo não era a vacina em si, mas o governo, em particular, suas forças de repressão. Ao decretar a obrigatoriedade da vacina pela maneira como o fizera, o governo violava o domínio sagrado da liberdade individual e da honra pessoal. Sua ação significava a tentativa de invasão de espaço até então poupado pela ação pública. A maneira de implementar a obrigatoriedade ameaçava interferir em quase todas as circunstâncias da vida. O próprio emprego do operário podia estar em perigo. Era natural que se sentissem mais ameaçados os que menos recursos tinham para defender-se. (...) Era a revolta fragmentada de uma sociedade fragmentada. De uma sociedade em que a escravidão impedira o desenvolvimento de forte tradição artesanal e facilitara a criação de vasto setor proletário. A fragmentação social tinha como contrapartida política a alienação quase que completa da população em relação ao sistema político que não lhe abria espaços. Havia, no entanto, uma espécie de pacto informal, de entendimento implícito, sobre o que constituía legitima interferência do governo na vida das pessoas. Quando parecia à população que os limites tinham sido ultrapassados, ela reagia por conta própria, por via de ação direta. Os limites podiam ser ultrapassados, fosse no domínio material, como nos casos de criação ou aumento de impostos, fosse no domínio dos valores coletivos. A Revolta da Vacina permanece como exemplo quase único na história do país de movimento popular de êxito baseado na defesa do direito dos cidadãos de não serem arbitrariamente tratados pelo governo. Mesmo que a vitória não tenha sido traduzida em mudanças políticas imediatas além da interrupção da vacinação, ela certamente deixou entre os que dela participaram um sentimento profundo de orgulho e de autoestima, passo importante na formação da cidadania. (CARVALHO, José Murilo. *Os Bestializados* – O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p 130-139).

[17] ABREU, Maurício de Almeida. *A evolução urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IPP, 2008, p. 66.

O Plano Agache,[18] que acentuaria ainda mais a separação das classes sociais, mas que previa a construção de casas populares para a população desfavorecida, foi arquivado pela Nova República (1930-1964), que tinha como objetivo desalojar do poder a oligarquia cafeeira. Contudo, não diferente de outrora, apresentava-se sem uma estratégia definida quanto a questão habitacional.

Na verdade, a Nova República se valia de um discurso populista, com o qual se permitia a ocupação irregular, principalmente nas favelas. Estas, mesmo diante da condição insalubre demonstrada, eram, por outro lado, manancial crescente de uma infinidade de votos para a situação, e, portanto, intocáveis.

A cidade deixa então, pela política da omissão, de ser menos segregadora e passa a ser mais "democrática".

Esse despreparo da Nova República não iria passar imune e, como uma forma de resposta aos excluídos, o governo carioca desenvolve a política dos conjuntos habitacionais, o que não resolveu o problema da habitação popular, apenas modificou a aparência dos subúrbios da cidade e, paralelamente, contribuiu também com alguns outros votos para os políticos empreendedores.

Maurício de Abreu[19] aduz que, a partir de meados da década de 1950, as contradições da ocupação do solo da cidade se intensificaram.

> O aumento da densidade populacional da zonal sul, a concentração de investimentos particulares nessa área e a necessidade de diversificação das opções de reprodução do capital a nível da cidade como um todo reduzem a questão urbana a um problema viário, e que passa a exigir uma transformação mais ampla da forma urbana. Essa transformação seria então comandada pelo transporte individual, símbolo máximo do processo de concentração de renda que então se intensificava no país.

O referido processo foi implementado nos idos dos anos 50-60, e, para seu sucesso, faziam-se necessárias intervenções na cidade. Novamente, a população de baixa renda seria

---

[18]O Plano Agache pretendia transformar o Rio de Janeiro (ou pelo menos o centro e a Zona Sul) numa cidade monumental, exigindo inversões públicas de vulto, bastante superiores às possibilidades dos cofres municipais ou da União. Resumidamente, o Plano pretendia ordenar e embelezar a cidade segundo critérios funcionais e de estratificação social do espaço. Assim o centro da cidade seria subdividido em áreas funcionalmente distintas, tais como o Bairro das Embaixadas, os Jardins do Calabouço, o Centro de Negócios propriamente dito (Castelo), o Centro Bancário (limitado pelo quadrilátero Avenida Rio Branco, Ruas 1° de Março, Sete de Setembro e Candelária, o Centro Administrativo [na freguesia de Sacramento] e o centro monumental [em Santo Antônio]). A construção dos dois últimos exigiria um grande número de desapropriações, afetando os bairros centrais de baixa renda que haviam sobrevivido às Reformas Passos, Frontin e Sampaio. Essas considerações, entretanto, não faziam parte das preocupações de Agache, que assim se pronunciava a respeito de Sacramento, freguesia central: *"deve ser arrasado pois é um dos que deixam mais a desejar do ponto de vista sanitário."* (ABREU, Maurício, op. cit., p. 86-87).

[19]ABREU, Maurício, op. cit., p. 95.

atingida e o processo de segregação voltou a ser praticado, agora inclusive sob o regime autoritário.

Como neste período o voto não era mais o fator principal para chegar ou se manter no poder, o Estado intensificou a sua ação discriminatória sobre o espaço, na qual se privilegiam as áreas mais ricas da cidade.

Isto foi possível por meio de práticas autoritárias e sob a bandeira do progresso. Com o corte salarial adotado após 1964, houve um crescimento do processo de concentração de renda que trouxe uma dicotomia quanto à evolução da forma urbana. Por um lado, legitimou-se o processo drástico de remoção de favelas dos locais mais abastados da cidade,[20] para que aí fossem construídas residências de luxo, ou então, legitimou-se a política de retirada para que os morros fossem mantidos livres e desembaraçados, condição necessária para sua venda, pela empresa imobiliária como "áreas verdes".[21]

O processo de exclusão e a falta de oportunidades se mantêm até os dias de hoje, não apenas no Rio de Janeiro, aqui foi dado como exemplo (por ter sido ele o grande centro das atenções na condição de capital federal e estado da federação), mas também para todo o resto dos Estados da Federação. Neste sentido conclui, Mauricio de Abreu:[22]

> É importante ressaltar que a atual estruturação espacial do Rio de Janeiro nada tem de anormal. Ao contrário, o Rio, assim como o restante das áreas metropolitanas brasileiras, reflete, no espaço, os sistemas de divisão do poder político e das consequentes formas de distribuição de renda do país, ambos altamente concentradores, tanto a nível regional, como a níveis intrametropolitano e intra-urbano. Refletem, outrossim, a preocupação cada vez maior do Estado de garantir a reprodução do capital, em detrimento do da força de trabalho. Resulta daí um modelo duplo e complementar de estruturação, parte formal (e oficial) e parte informal (e muitas vezes ilegal), que, embora ainda não tenha sido devidamente compreendido e estudado, vem sendo, aos poucos, elucidado.

A exclusão de moradia e os baixos salários parecem não ter fim. Não são problemas sociais típicos de uma época: é uma situação intermitente e que se mantém em pleno século XXI.

---

[20]De todas as favelas extintas nos anos 60, o caso mais polêmico foi a da Praia do Pinto, no Leblon. Os moradores souberam dos planos da Prefeitura de acabar com a comunidade ainda na década de 50, mas houve forte resistência. Segundo dados do Censo de Favelas de 1949, pelo menos 20 mil pessoas moravam no local. A remoção só foi concluída após um incêndio, em 1969, durante o mandato do governador Negrão de Lima. "Muitas pessoas não queriam sair. Apesar dos problemas, preferiam continuar morando na Zona Sul. O incêndio obrigou todo mundo a ir embora", afirma Maria Rosa de Souza Noronha, de 62 anos, ex-moradora da Praia do Pinto, depois removida para o Complexo da Maré. Praticamente todos os barracos da Praia do Pinto foram destruídos pelo fogo. No dia seguinte, policiais colocaram abaixo as poucas casas que sobraram de pé. Até hoje ninguém confirma se foi acidente ou uma última tentativa do Governo de expulsar os moradores. Mas todos os indícios apontam para uma remoção forçada. Disponível em:
< www.favelatemmemoria.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=7&infoid=9 >. Acesso em: 22 mar. 2013

[21] ABREU, Maurício, op. cit., p. 118.

[22] ABREU, Maurício, op. cit., p. 147.

Noticiava o periódico Correio Paulistano nos idos de 1946, conforme relato de Nabil Bonduki[23]

> Os sem-teto na luta contra os despejos.
> (...) Diariamente sobe e desce as escadarias do Palácio da Justiça uma multidão de velhos, moços, homens e mulheres que ali vão com as notificações em punho; nos lábios a pergunta inquieta: "onde morar?"; na frente dos olhos um futuro sombrio. É que diariamente são requeridas ações de despejo pelas mais diferentes alegações desmoralizadas: "Quero o prédio para o meu uso"; "Para o uso de minha família"; "Para construir uma obra de vulto". Desta maneira são postos abaixo (quando o são) desde a 'favelinha' da rua da assembleia, porque as favelas não existem só na Várzea do Penteado, até o prédio de apartamentos da Praça da República. A população está mesmo condenada a morar na rua.

Na década de 80 (com o envio ao Congresso do PL 775/83, elaborado nos anos 70, e que tratava do desenvolvimento urbano), emergiu a proposta de reforma urbana, elaborada a partir de forças articuladas em torno de um corpo técnico reformista. O projeto de reforma urbana fundou-se no diagnóstico dos problemas urbanos como resultado da relação de força estabelecida na cidade brasileira em torno da apropriação privada dos benefícios em termos de rendas geradas pela intervenção pública.[24] Essa concepção contrapunha-se ao diagnóstico demográfico hegemônico durante o período autoritário, segundo o qual a carência de serviços urbanos, o crescimento das favelas e dos loteamentos periféricos, a elevação do preço da terra, etc. seriam o resultado de um excessivo crescimento da população da cidade.

O principal objetivo da reforma urbana seria a instituição de um novo padrão de política pública, fundado na instituição de uma gestão democrática da cidade; no fortalecimento da regulação pública do uso do solo urbano; e na inversão de prioridades no tocante às políticas de investimentos urbanos que buscassem favorecer as necessidades

---

[23]BONDUKI, Nabil. Crise de Habitação e a luta pela moradia no pós-guerra. In: KOWARICK, Lúcio; ANT, Clara. *Cem anos de promiscuidade:* o cortiço na Cidade de São Paulo. As lutas sociais e a cidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 110.

[24] Colocada em novas bases, a luta pela Reforma Urbana é retomada no bojo do movimento de participação nacional em torno da elaboração da nova Constituição Brasileira, a partir da articulação da Emenda Popular pela Reforma Urbana, que incorpora o acúmulo teórico da questão urbana e o avanço político dos movimentos populares. Esta Emenda Popular contou com cerca de 200.000 assinaturas e contribuiu para a incorporação do capítulo da política urbana no Texto Constitucional. (...) A partir daquela conjuntura, o Movimento pela Reforma Urbana assume enfrentar o desafio por uma disputa política que defende a concepção da garantia do direito à cidade, objetivando mudanças na qualidade de vida, por meio de políticas públicas voltadas para o conjunto da população. (...) Essa formulação, totalmente nova, em relação à que foi realizada na década de 60, baseia-se em um modo de ver e fazer a cidade que distribui os homens desigualmente no espaço e que subordina os direitos políticos, os direitos individuais, a cidadania a uma racionalidade econômica. (...) O ideário da Reforma Urbana quer enfatizar uma vida urbana com urbanidade capaz de contemplar, prioritariamente, as necessidades coletivas na elaboração das políticas públicas. DE GRÁZIA, Grázia. Reforma Urbana e Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs). *Reforma urbana e gestão democrática.* Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p 53-55.

coletivas de consumo das camadas populares, submetidas a uma situação de extrema desigualdade social em razão da espoliação urbana.[25]

O projeto de lei acabou não se tornando realidade, pois foi apresentado em uma época de transição política, da passagem do regime autoritário para o democrático de direito. Contudo o projeto foi importante para fomentar discussões a respeito da política urbana no Congresso, que já se via envolvido com os debates acerca da Carta Constitucional de 1988.

O Poder Constituinte Originário de 1988, pressionado pelos movimentos populares urbanos e preocupado com a irregularidade urbana, fez constar do texto constitucional um capítulo sobre a política de desenvolvimento urbano.

Nesse capítulo que se apresenta para a sociedade a partir do artigo 182, é prevista a limitação ao exercício do direito de propriedade a partir de sua função social, principalmente a urbana,[26] cuja definição deve ser estabelecida pelo Plano Diretor dos municípios.[27]

Quanto aos instrumentos de fomento do uso do solo, informa-nos Adauto Lucio Cardoso[28] que a Constituição Federal adota o princípio de sucessividade em caso de parcelamento e edificação compulsórios; e o imposto progressivo e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública sobre terrenos não edificados, subutilizados ou não utilizados. Contudo, como entre outros direitos estabelecidos pela Constituição, a utilização desses instrumentos foi remetida a regras a serem estipuladas em legislação complementar de âmbito federal.

Mesmo assim, as expectativas foram enormes para os defensores do planejamento urbano, que imbuídos de um sentimento democrático e de renovação, acreditavam que a

---

[25]RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. O Estatuto da Cidade e a Questão Urbana Brasileira. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs). *Reforma urbana e gestão democrática*. Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p 13.

[26]A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transforma em uma "mini-propriedade", como alguém, com fina ironia a cunhou (A. Tizzano, em *Crisi dellos tato sociale e contenuto miimo dellapropretà*), mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativa diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada "*se non construendo in uma endiadi Le situazionidel proprietário e dei terzi"* (V.E. Cantelmo, *Proprietà e crisi dello Stato Socieale I).* Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.343.

[27]A função social da cidade pode redirecionar os recursos e a riqueza de forma mais justa, combatendo situações de desigualdade econômica e social vivenciadas em nossas cidades, garantindo um desenvolvimento urbano sustentável, no qual a proteção dos direitos humanos seja o foco, evitando-se a segregação de comunidades carentes. ROSENVALD, Nelson; . FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p. 213.

[28]CARDOSO, Adauto Lúcio. A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Orgs.). *Reforma urbana e gestão democrática.* Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 32.

segregação do espaço urbano teria uma solução e passaram então a pensar nos mecanismos plausíveis para se alcançar justiça a social.

Tendo a gestão democrática da cidade como norte para a urbanização, o plano diretor deveria ser pensado com base no bem-estar coletivo e no respeito à classe trabalhadora, ou seja, não bastava o direito de propriedade, mas sim uma infraestrutura para acolher essa propriedade, por meio de um investimento imobiliário equânime em todas as regiões da cidade. A contratação de obras públicas não deveria atender apenas ao interesse econômico das empreiteiras, mas ter como principal preocupação as necessidades da população, tanto no que diz respeito ao setor de transporte quanto à política tarifaria e de rotas.[29]

O plano diretor,[30] portanto, deveria privilegiar a identificação dos membros que integram o corpo vivo da cidade, para possibilitar a construção de um pacto territorial que diminuísse a desigualdade social e gerasse a democratização de acesso ao uso da cidade. Isso seria viável por meio da regulamentação pública. Tal produção legislativa iria dispor sobre a produção privada (construção residencial e de equipamentos urbanos), a produção informal (favelas e loteamentos irregulares), a produção e gestão privada de serviços públicos, e, por fim, sobre as decisões dos agentes privados concernentes à utilização econômica do meio ambiente construído.[31]

Esta era a visão pós Constituição Federal de 1988, que defendia a adoção de políticas públicas vinculadas a planos de uso e ocupação do solo, com visibilidade social, sob pena de retorno a políticas clientelistas. Para se atingirem esses objetivos, seria, pois, necessária a participação da população organizada no processo, como por exemplo, as audiências públicas.

---

[29]CARDOSO, Adauto Lúcio e RIBEIRO; Luiz Cesar de Queiroz. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Orgs.). *Reforma urbana e gestão democrática*. Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 107-113.

[30] Art. 39 da Lei 102571/01. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40 da Lei 10257/01. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar território do Município como um todo. § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

[31]CARDOSO, Adauto Lúcio e RIBEIRO; Luiz Cesar de Queiroz, op. cit., p. 107-113.

Todavia passado esse momento visionário, volta-se à realidade e surge, então, diante da previsão constitucional, o primeiro impasse: seriam os artigos 182[32] e 183[33] da Carta Magna autoaplicáveis?

O Supremo Tribunal Federal entendeu que todos os instrumentos ali previstos estavam sujeitos à complementação legislativa, por meio do chamado Estatuto da Cidade e também do Plano Diretor.

A tramitação do projeto sobre o Estatuto da Cidade, para atender à necessidade de complementação legislativa, começou a se desenvolver, em 1989, sob o nº 181/89, elaborado pelo Senador do PMDB, Pompeu de Souza. O projeto foi aprovado e se tornou projeto de lei em dezembro de 1990 sob o número 5.788/90.

Uma vez que o assunto atinge o direito individual e aquele de maior status econômico, a propriedade privada, é claro que o projeto não teria vida fácil no Congresso; o fato é que esse projeto somente veio a se tornar lei em 2001, ou seja, 11 anos após a sua formulação e, mesmo assim, relegando ao plano diretor e leis orgânicas municipais a aplicação de vários dos instrumentos previstos na Constituição. Nesse intervalo de tempo, nossos dados estatísticos só pioraram.

Nos anos 90, foi elaborado um mapeamento das áreas de conflitos urbanos em todo o Estado do Rio de Janeiro, e constatava que, somente na cidade do Rio, existiam cerca de 80 comunidades envolvidas em litígio pela posse da terra, num total de 30.051 famílias.[34]

Um pouco antes, em pesquisa efetuada em novembro de 1988, o município do Rio de Janeiro possuía 1,5 milhão de favelados e cerca de 3 milhões de pessoas vivendo em condições subnormais. Em contrapartida, estimava-se em 1,3 milhão o número de lotes vazios na periferia da Região Metropolitana, mantidos para especulação imobiliária. Em cinco anos (de 1991 a 1996), a expansão das favelas se mostrou em até cinquenta vezes maior (69,43) do que o índice observado na expansão da cidade (1,9%)[35].

---

[32]Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.
§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
[33]Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
[34]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. XXV.
[35]Ibidem.

Tal situação também não passou despercebida por Ricardo Lira,[36] que enxergou no crescimento populacional atrelado à falta de oportunidade e à limitação de espaços um problema sério de convívio em sociedade, escrevendo em 1993:

> Em nenhum país do mundo, nem na própria Índia, são mais aberrantes os contrastes sociais: 15% das famílias brasileiras, com rendimento per capita de até um quarto do salário mínimo, vivem em estado de miséria; 35% das famílias, com rendimento per capita de meio salário mínimo vivem em estado de miséria ou de estrita pobreza. Esse estado corresponde à condição de 41% dos brasileiros. Das pessoas que trabalham, 65,1% recebem uma remuneração mensal de apenas um salário mínimo, somente 10,1% ganham mais de três salários mínimos e apenas 1,4% auferem mais de dez salários mínimos..... Os 50% mais pobres do País têm acesso a apenas cerca de 13,6% da renda. O 1% mais rico tem participação praticamente igual (13,13%), ou seja, tem cinqüenta vezes a renda da metade mais pobre.

Segundo dados do IBGE, no Brasil, havia em 1997 cerca de 40.644.623 domicílios, dos quais 81,14% eram urbanos e 18,86% rurais. O quadro se altera em 2001, evidenciando o êxodo rural: 85,2 % de domicílios urbanos contra 14,8% rurais, num total de 46.570.967 domicílios.

Nesse cenário de ocupação irregular e migração constante, as cidades, uma vez que tal situação não é exclusividade do Rio de Janeiro, veem-se despreparadas para receber e projetar espaços para que sua população possa viver com dignidade; população essa que, em sua grande parcela, necessita de atuação constante do poder público por meio de políticas públicas.

Nesse sentido, ensina Marcos Alcino de Azevedo Torres:[37]

> Percebe-se, avaliada a realidade de cada momento histórico, que a interação homem-espaço urbano é algo que deve ser planificado, isto é, controlado conscientemente, por meio de mecanismos e processos sociais, de maneira que o futuro de uma cidade, na questão urbana, possa ser dominado.
> (...)
> O crescente movimento populacional nas cidades, com o aumento desordenado do número de pessoas num mesmo espaço urbano, disputando os equipamentos sociais, poucas vezes em igualdade de condições, conjugado com os anseios do indivíduo no grupo social, deflagra um processo de crise, a qual, não raro, bate as portas do judiciário, exigindo solução rápida e segura, que, na prática, nem sempre justa, porque inspirada em dogmas do passado de um Estado liberal individualista, fundado na proteção do ter em detrimento do ser.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, mesmo não atendendo às expectativas iniciais da sua previsão legislativa, acreditava-se (e pensa-se que ainda se acredite) ser ele um forte mecanismo de controle, tanto da propriedade privada, como da propriedade pública, uma

---

[36]LIRA, Ricardo. Progéria social. A elite e a miséria absoluta. Estados e sociedade civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano XXVI, n° 79, 1993, p. 15.
[37]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. XXIX.

vez que ambas devem ser utilizadas segundo a sua função social,[38] o que, se colocado em prática, fortalece, e muito, o planejamento urbano.

Contudo, nestes dez anos de existência, os instrumentos previstos nos artigo 4º e 5º da Lei nº 10.257/01 ainda não foram corretamente desenvolvidos, pois são, em grande medida, dependentes de legislação municipal específica que trate da matéria, o que fomenta a exclusão social.

Note-se ainda que a questão da competência municipal para a prática desses instrumentos que direcionam a política urbana, por um lado, é importante, pois abastece o município de autonomia para a implantação de políticas de interesse local de que somente este ente federativo tem conhecimento. Todavia, como fator negativo desse direcionamento, tem-se a proximidade da municipalidade com os atores que participam desse sistema, tais como construtoras, empreiteiras, indústrias, etc., que buscam sempre colocar seus interesses particulares à frente de interesses sociais e coletivos, e, dependendo da influência política e econômica que exerçam, acabam por obstruir ou desviar projetos de melhoria de qualidade de vida das pessoas nas cidades.

Informa Fabrício Leal de Oliveira e Rosane Biasotto:[39]

> Os novos planos diretores, de maneira geral, são pouco objetivos e não favorecem mudanças nas formas de apropriação social da cidade, nem ao menos, enfatizam a promoção de acesso à moradia. Como indicam os relatórios de Goiás e do Rio de Janeiro, entre outros, há ganhos na disseminação de um discurso favorável à democratização do acesso à terra e à redistribuição mais justa dos bens e serviços urbanos, assim como na construção de canais internacionais de participação na gestão urbana, mas a disputa concreta pelo acesso à terra e à cidade não teve maior espaço.

No estudo sobre os planos diretores, pode-se afirmar que não houve uma coerência entre a função social da cidade (que deve estar associada à ocupação dos vazios urbanos, ao combate à especulação imobiliária e à promoção do acesso à moradia e à cidade) e o conteúdo dos planos. Um exemplo claro dessa dissociação é o Plano Diretor do Rio de Janeiro, que banaliza o conceito de função social, uma vez que dispõe que qualquer uso ou apropriação do espaço urbano, desde que respeitado o ordenamento territorial estabelecido no plano, atenda à função social. Não há uma definição concreta do que seja a função social, o que,

---

[38] A função social da propriedade consiste na utilização plena do bem, na otimização ou na tendência de otimizar "os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradita com estes mesmos propósitos de proveito coletivo." (MACIEL, Fabianne Manhães. Direito da cidade e função social da cidade. In*:* MOTA, Maurício (org.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.208-209).

[39]BIASSOTO, Rosane; OLIVEIRA, Fabrício Leal de. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. In: JUNIOR, Orlando Alves dos Santos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). *Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade*: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011, p 59.

consequentemente, dificulta a interpretação quanto à utilização do solo urbano e inibe o desenvolvimento do uso adequado do solo.[40]

Há ainda precariedade de definições quanto às diretrizes de acesso à terra urbanizada, ao perímetro urbano, ao zoneamento de áreas centrais e aos coeficientes de aproveitamento de terrenos (CAT), apesar da regulamentação de uso e ocupação do solo urbano.

Quanto às normas específicas para o parcelamento de terra e habitação de interesse social, o estudo aponta que somente oito planos diretores definem que os novos parcelamentos devem reservar área para habitação de interesse social, são eles: Vassouras e Niterói (RJ), Estreito (MA), Santa Rosa (RS), Goiânia (GO) e três planos paulistas.

No que tange às Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), apesar da previsão de instituição na maioria dos planos diretores, quase não são delimitadas as áreas de ocupação, e poucos planos fazem referência a recursos exclusivos para essas áreas, que seriam provenientes da aplicação dos instrumentos específicos e de fundos municipais. Também raramente é definida a população de baixa renda que pode acessar os projetos habitacionais em ZEIS.

Constatam os autores Fabrício Leal de Oliveira e Rosane Biasotto[41] no que tange às ZEIS:

> Os novos planos diretores parecem ter disseminado a noção de ZEIS no Brasil, especialmente no que se refere à reafirmação do direito dos mais pobres à moradia regularizada e servida por equipamentos e serviços, ainda que muitos planos não tenham delimitado ZEIS, e menos planos ainda tenham avançado na definição dos critérios, normas ou prioridades de investimento para essas áreas. A eficácia da ZEIS como instrumento indutor da promoção da democratização do acesso à terra urbanizada, bem localizada e próxima dos centros de emprego e serviços deixou ainda a desejar. Certamente, a reserva de área para habitação popular em áreas cobiçadas para outros usos, muito mais lucrativos, implica disputas e conflitos que ou foram perdidos na luta política e econômica, ou não foram sequer enfrentados no processo de elaboração do plano diretor, daí a raridade das ZEIS em áreas vazias ou subutilizadas no Brasil.

Como já acima relatado, os instrumentos de política urbana do Estatuto da Cidade foram amplamente inseridos nos planos diretores brasileiros, apesar de não manterem conexão com os ditames do artigo 2º da Lei nº 10.257/01.[42]

---

[40]Quanto a essa questão, aduz Tepedino que a produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito, diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar às situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331).

[41]BIASSOTO, Rosane; OLIVEIRA, Fabrício Leal de, op. cit., p. 75.

Quanto ao direito de preempção, ao parcelamento, à edificação e utilização compulsória, estes estão presentes em quase todos os planos municipais, todavia não são apropriadamente regulamentados, o que impede e inviabiliza a cobrança do IPTU progressivo no tempo, que é um importante mecanismo de pressão de utilização e ocupação do solo urbano.

Quanto à outorga do direito de construir, poucos municípios a regulamentaram, apesar da previsão nos planos, o que também é uma grande perda, pois, por meio da outorga, permite-se que setores interessados da sociedade possam investir dentro de suas condições, e, em contrapartida, contribuam para que haja implementação da política urbana, com seus recursos, em locais onde haja carência.[43]

Os demais instrumentos, como o direito de superfície, a concessão de uso especial para fins de moradia, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de

---

[42]Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres naturais; i) a exposição da população a riscos de desastres. VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

[43]FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.206.

construir, também não são autoaplicáveis. Os dois primeiros necessitam da vontade municipal em geri-los e os últimos, de legislação específica, ou seja, são bons instrumentos, mas, infelizmente, sem qualquer aplicabilidade no momento.

Ainda quanto ao estudo sobre os planos diretores, concluem os autores Fabrício Leal de Oliveira e Rosane Biasotto:[44]

> De acordo com os relatórios estaduais analisados, de maneira geral, os planos diretores pós-Estatuto da Cidade pouco ou nada avançaram na promoção de acesso à terra urbanizada. Embora a grande maioria dos planos tenha incorporado os princípios do Estatuto, [...] raramente os instrumentos de política fundiária foram plenamente regulamentados nos planos diretores, e frequentemente a disputa pela apropriação social das terra urbanizadas é relegada para leis específicas. [...] Como se vê, a "a autoaplicabilidade" das leis é uma construção social que não é resolvida no meio jurídico, mas na política. Embora grande parte dos planos diretores tenha instituído o parcelamento, edificação e utilização compulsória e IPTU progressivo no tempo, poucos regulamentaram esses instrumentos na própria lei. [...] De fato, os novos planos diretores resultaram muito mais tímidos do que fazia supor o discurso de mudança, que se promovia, desde a aprovação do Estatuto.

Destarte, apesar de toda a omissão e descaso da municipalidade acima relatados, acredita-se ainda em dias melhores para a população de baixa renda, que se diferencia de épocas passadas, pois, ao menos, hoje existe o Estatuto da Cidade e, enquanto não for revogado, funciona com elemento de pressão para a implantação de políticas públicas urbanas por parte do Executivo municipal, servindo ainda como referência para a gestão da cidade de acordo com a função social da propriedade.

Todavia enquanto existir interesses particulares na gestão da cidade e esses interesses continuarem a ser atendidos pelos governantes, dificilmente a população mais necessitada terá vez dentro do cenário da cidade.

É preciso pensar no desenvolvimento urbano a partir de uma visão macro, que não necessariamente dependa da participação do Executivo municipal, principalmente no que diz respeito ao acesso à moradia.

A Constituição Federal prevê como direito fundamental de segunda geração[45] o acesso à moradia digna, que, por ser um direito fundamental, deve atuar a favor do indivíduo e da

---

[44]BIASSOTO, Rosane; OLIVEIRA, Fabrício Leal de, op. cit., p.95.

[45]Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais a prestações, não obstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos, enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), encontra-se uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber

coletividade como forma de pressão sobre o Estado. Entenda-se Estado como todas as esferas de poder nas quais se incluem também seus agentes e órgão competentes.

Ou seja, por meio de outros atores, pode-se chegar ao fornecimento de moradia digna e regularizada para população necessitada, mesmo que no mesmo local e sob as mesmas condições. Isso porque, na verdade, em um primeiro momento realmente importa para essa população ter em mãos um título de propriedade registrado em cartório que possibilite o tráfego de riquezas, tirando esses sujeitos do anonimato e lhes oportunizando meios de negociação jurídica com os mecanismos previstos no Código Civil e na legislação esparsa.

Essa conquista pela terra legalizada independe de fatores políticos, de trocas de interesses e da opressão das classes mais abastadas sobre a população menos favorecida, como se observa desde a época em que o Brasil resolveu conceder a primeira terra particular.

É necessária uma provocação maior de institutos análogos de política urbana, tais como: o artigo 1228, §4º §5º do Código Civil (que neste trabalho será com maior ênfase estudado), o artigo 1276, também do aludido diploma legal, que possibilita a arrecadação do bem imóvel tido como abandonado e sua distribuição para a população de baixa renda (ambos do Código Civil), da usucapião urbana coletiva também vislumbrada para a população de baixa renda, prevista no Estatuto da Cidade, e, ainda, o artigo 60[46]da Lei nº 11.977/09, que permite a titulação de propriedade após o preenchimento de certos requisitos, tanto de imóveis públicos como de particulares.

Para isso, torna-se necessária a maior conscientização da população menos favorecida acerca dos seus direitos e de como praticá-los.

Isso é possível por meio da maior participação das associações de moradores, da Defensoria Pública, do Ministério Público, e de Organizações não governamentais, o que

---

nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2013, p. 15).

Já Paulo Bonavides sustenta que a finalidade dos direitos fundamentais é garantir uma vida na liberdade e na dignidade humana. Segundo o autor, esses direitos se manifestam em quatro gerações. Se atendo aos elementos do estudo em questão, são relevantes os de primeira geração, que dizem respeito aos direitos da liberdade deduzidos perante o Estado e os de segunda geração, que "são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.560).

[46]Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

poderia reduzir essa desigualdade habitacional retirando do foco da questão o Executivo e judicializando assim o problema.

Quanto ao acesso à moradia, por meio da Lei nº 11.977/09, cabem algumas considerações a respeito do tema, uma vez que também funciona como uma resposta do legislador ao processo histórico de exclusão social vivenciado pelas comunidades carentes da sociedade.

Nos últimos anos, apesar dos esforços de criação de institutos e implementação daqueles já existentes em nossa legislação, o que se tem, na realidade, são as formas tradicionais de aquisição da propriedade ainda vigendo como principais meios de sua obtenção, como, por exemplo, a compra e venda, a herança e a doação para citar alguns.

A Lei nº 11977/09 procura romper, em parte, com essa tradição aquisitiva da propriedade privada, ao prever, para a população de baixa renda, a possibilidade da legitimação de posse e sua conversão em propriedade, fomentando a regularização fundiária. O mesmo programa ("Minha casa minha vida") que traz essa inovação incentiva ainda o financiamento imobiliário para essa mesma população, possibilitando o acesso à regularidade, mas sem desenvolver políticas econômicas para que se tenha acesso ao crédito facilitado.

Diante desse quadro de inércia do Estado frente às necessidades básicas de moradia, verifica-se que o acesso da população de baixa renda e até da classe média à propriedade privada se encontra cada vez mais complexo. Primeiro, diante do quadro exaustivamente exposto de ausência de políticas públicas habitacionais, e, segundo, diante da constante valorização que os imóveis particulares vêm adquirindo de meados da década passada para cá, e que é totalmente desproporcional ao rendimento mensal da maioria da população brasileira.

A consequência dessa conjugação é que, em vez de se verificar um crescimento da propriedade regularizada, conforme requer a Constituição Federal, continua-se a assistir ao aumento da propriedade informal.

A valorização imobiliária, que vem ocorrendo de forma descontrolada, calcada apenas nas leis do mercado, suprime o instituto da compra e venda de significativa parcela da população, uma vez que não adianta fomentar o financiamento imobiliário por meio da legislação, como o programa "Minha casa minha vida", se os salários recebidos por essa classe social não acompanham a referida valorização.

Note-se, portanto que o Estado requer por meio de programas habitacionais que aqueles que se encontram na informalidade ingressem na formalidade adquirindo, a "juros baixos", unidades autônomas em condomínios edilícios.

Contudo, diante dos baixos salários recebidos atrelados ao ônus da legalidade (impostos, cota condominial, taxas, tarifas e serviços), a consequência lógica dessa equação é a inadimplência, a possível perda do imóvel e o provável retorno à ilegalidade.[47]

Enquanto isso, diante dos fatores mencionados, a Caixa Econômica Federal, instituição financeira responsável pelos financiamentos do programa "Minha casa minha vida" (Lei nº 11.977/10), já convive com a inadimplência dos mutuários. Segundo a empresa pública, por exemplo, dois conjuntos do Residencial Nova Conceição, situados em Feira de Santana na Bahia, estão acima da média das carteiras de crédito imobiliário convencional. Em um deles, a inadimplência é de 5,91%, e, no outro, já chega a 12%.[48]

Diante da inadimplência que começa a surgir, os governos municipais dão incentivos para aquisição dessa propriedade.

No município do Rio de Janeiro, já foram sancionadas pelo prefeito três leis que buscam estimular o programa habitacional federal. Um dos destaques é a concessão de isenção e redução do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) para a construção e reforma no caso de empreendimentos habitacionais de interesse social. Outro benefício foi a remissão de créditos dos impostos territorial urbano e transmissão de bens imóveis. Com tais medidas, acredita a municipalidade que se tornará mais fácil construir e comprar por meio do programa habitacional.

O prefeito do Município do Rio de Janeiro admitiu ainda o cancelamento de dívidas de IPTU de imóveis antigos que possam ser transformados em moradias do referido programa.

---

[47]Segundo pesquisa realizada pela FIPE (Disponível em: <g1.globo.com/jornal nacional/noticia/2012/01/pesquisa-mostra-que-valorizacao-dos-imoveis-no-brasil-passou-de-100.html>. Acesso em: 22 abr. 2013) sobre preços de imóveis anunciados na internet, constatou-se que, nos últimos quatro anos, a valorização dos imóveis em todo o país passou dos 100%. Em 2011, o preço do metro quadrado subiu 26% nas sete capitais que foram objeto da pesquisa. A explicação que se pode extrair desse fenômeno está na estabilidade econômica do país, que permite a realização de negócios a longo prazo, ou, ainda, na grande oferta de crédito, além das peculiaridades de cada cidade. No Rio de Janeiro, por exemplo, o Leblon tem o metro quadrado mais caro da cidade, quiçá do país, algo em torno de R$ 17 mil. Essa valorização não se limita aos bairros mais abastados da cidade. Os imóveis de bairros muito menos conhecidos dos brasileiros, como por exemplo, Brás de Pina, tiveram seus preços quase que dobrados no ano de 2011. Tal bairro situa-se perto do Complexo do Alemão, que inicialmente recebeu as forças de segurança federal e atualmente encontra-se pacificado pela Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro. Segundo o vice-presidente do SECOVI (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis), Leonardo Schneider (Disponível em: < www.bartzen-rio.com.br/news/nova-notícia-04>. Acesso em: 23 abr 2013), a valorização dos imóveis não está sendo causada por aumentos artificiais de preços mas por "fatores estruturais e conjunturais" o que inclusive afasta a possibilidade da ocorrência de bolha imobiliária. Os fatores estruturais, afirma o especialista, estão relacionados ao alto déficit habitacional e à escassez de terrenos para a construção de novos empreendimentos imobiliários em algumas regiões do Rio de Janeiro, principalmente na Zona Sul do município. Os grandes eventos que a capital fluminense irá receber nos próximos anos são apontados por Leonardo Schneider como os fatores conjunturais que pressionam o aumento de preço dos imóveis.

[48]Disponível em: <www.estadao.com.br/noticias/impresso,caixa-admite-que-inadimplencia-esta-acima-da-media,669155,0.htm>. Acesso em: 23 abr./2013.

Contudo, por se tratar de um imposto municipal, esses incentivos podem variar de município para município e a questão partidária pode vir a prevalecer, ou seja, a municipalidade estar ou não coligada com o governo federal.

Com isso, mais uma vez depara-se com questões particulares influenciando na coletividade e repercutindo na camada mais sofrida da população.

Na cidade de Curitiba, por exemplo, noticia o *site* G1[49], em 15/12/2011, sobre políticas de incentivo, que "a medida de incentivo vale exclusivamente para residências do 'Minha Casa Minha Vida' construídas pela COHAB. Para os empreendimentos da iniciativa privada a isenção vale apenas para os imóveis com valor venal de até R$ 30 mil, como determina a legislação municipal."

Os incentivos não devem se restringir aos impostos, mas devem ser estendidos às tarifas, como aquelas cobradas por concessionárias de serviço público, por meio de valores reduzidos, porque as famílias que deixam a informalidade ainda não possuem renda suficiente para enfrentar a nova realidade.

Note-se que, antes da migração para a legalidade, as empresas prestadoras de serviço público (água, luz, comunicações, etc.) nada recebiam desses consumidores. Adotar, então, uma tarifa social, em um primeiro momento, não estará necessariamente atrelado ao prejuízo, esse sim gerado pelo famoso "gato".

Dentro do contexto histórico apresentado de exclusão social, o quadro que, por ora, demonstra-se (valorização imobiliária) ainda se mostra embrionário (assim como eram os primeiros cortiços, as primeiras favelas, as ocupações irregulares...), mas nem por isso deixa de ser preocupante.

O governo deve agir no sentido de proteger as famílias de baixa renda e não apenas lançar programas habitacionais, com taxas de juros que ainda não são as ideais para o rendimento dessa faixa da população. O Bolsa Família não deve servir para pagar prestações imobiliárias, mas sim para suprir as necessidades básicas da população, pois se assim não ocorrer, o governo estará dando com uma mão e tirando com a outra.

Algumas soluções poderiam ser propostas para tentar frear essa realidade.

A primeira delas passa por programas de parceria entre as três esferas de governo, no intuito de regularizar, no caso de ocupação em imóveis públicos, as posses já existentes, sendo a remoção a última medida a ser praticada, ou seja, quando o apossamento ocorrer em área de risco ou que atente contra a segurança da própria cidade.

---

[49]Disponível em: <g1.globo.com/parana/noticia/2011/12/beneficiarios-do-minha-casa-minha-vida-nao-vao-pagar-iptu-em-curitiba.html >. Acesso em: 23 abr. 2013.

Poder-se-ia pensar também em políticas de desapropriação de imóveis particulares abandonados que não cumprem com a função social da propriedade e da cidade, por meio do artigo 1276 do Código Civil.[50]

O que se quis demonstrar com essa última questão sobre a valorização imobiliária é que o quadro que se apresenta (dificuldades para a conquista ou manutenção de moradia) mostra um evento inicial (valorização) que possui efeitos que são, por sua vez, causa de outras modificações em outros elementos (deslocamentos), e assim sucessivamente.

Portanto, se há uma valorização imobiliária na Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, pode acontecer que pessoas não suportem essa valorização que repercute nos valores de impostos, taxas, serviços e contratos de aluguel, e precisem, dessa forma, deslocar-se para outros pontos da cidade que passam a se valorizar em razão dessa nova procura. Como consequência, aqueles que ali residiam, se não suportarem essa nova valorização, terão que procurar outro lugar para morar.

Enfim, pode ser que a última família dessa cadeia tenha que suportar a informalidade, contribuindo assim para os dados da exclusão social.

Por fim, a função social da posse também atua nesse processo de inserção da população mais carente na regularidade habitacional, por meio de institutos que buscam pressionar tanto o legislador como o administrador a reconhecer como legítima a ocupação realizada por essas pessoas que também possuem direitos de viver dignamente.

1.2 **O direito de propriedade e a posse funcionalizada**

O ser humano encontra no ato de possuir a forma mais pura de exercer sua liberdade. Por meio da posse de bens, obtém sustento, riqueza e até mesmo poder. Principalmente hoje vivemos em um tempo em que as pessoas são medidas por aquilo que possuem e não pelas condutas que praticam em sociedade.

---

[50]Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.
§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.
§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Para Hernández Gil,[51] a posse "é a instituição de maior densidade social porque exprime de maneira primária a proteção do homem em direção do exterior."

Já para Menezes Cordeiro,[52] "a posse exprime uma situação na qual uma pessoa tem o controle material de uma coisa."

Para o nosso legislador, possuidor é toda aquela pessoa que em seu próprio nome, proprietário ou não, exterioriza algum dos poderes inerentes ao domínio (art. 1196 do Código Civil).

A posse, portanto, em uma de suas variantes, decorre de uma situação fática, na qual aquele que concede à coisa destinação econômica dando visibilidade ao domínio recebe proteção do ordenamento, sem que, para tanto, tenha título de propriedade ou mantenha relação jurídica com o proprietário.

Essa posse, que é exercida sem a anuência do proprietário da coisa ou sobre uma *res nullius*, que decorre de mera situação fática, é a chamada posse natural, que, ao ser exercida segundo a sua função social, classifica-se como posse autônoma funcionalizada.[53]

Na posse autônoma funcionalizada, vivencia-se com maior intensidade a função social, pois, para o possuidor ali se manter, deve constantemente praticar sobre a coisa atos que demonstrem correlação com a posse-moradia, posse-trabalho ou ainda respeito ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 1228 do Código Civil, que, apesar de se referir ao direito de propriedade, expõe, na verdade, uma conduta esperada por aquele que está na posse da coisa.[54]

Por outro lado, caso ocorra a transferência voluntária da posse pelo proprietário da coisa, por meio de uma relação jurídica de direito pessoal ou real, o que se tem, na realidade, é a chamada posse civil, que, portanto, não decorre de uma mera situação fática, mas tão

---

[51]GIL, Hernández. *La función de la posesión*. Madri: Alianza, 1969, p.105.

[52]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse:* perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 7.

[53]Na atualidade, muito embora seja da tradição brasileira atribuir proteção possessória pela mera exteriorização da propriedade, os fundamentos da defesa da posse encontram autonomia no ordenamento jurídico. Disso resulta que a tutela possessória independe da existência de título dominial. Com efeito, a identificação entre a proteção da posse e da propriedade decorre da análise puramente estrutural dos institutos jurídicos, já que o exercício possessório coincide com a exteriorização de faculdade inerente ao domínio. Entretanto os fundamentos para a proteção da posse têm sido reavaliados, considerando-se o seu perfil funcional, associando-a a promoção de valores sociais constitucionalmente tutelados. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. IIII, p. 444-445.

[54]Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 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.

somente de uma relação jurídica – o que repercute inclusive nas demandas possessórias que tal possuidor poderá intentar, caso venha a sofrer algum obstáculo no uso regular da coisa.[55]

O Código Civil consagra, então, a posse natural e a posse civil, sendo que, quanto à primeira, para se manter viva e protegida pelo ordenamento jurídico, o respeito à função social é fundamental, conforme se observa no artigo 1211 do aludido diploma legal, que será melhor desenvolvido nos parágrafos que se seguem.

Já para a posse civil, não se verifica tamanha necessidade, porque essa manifestação possessória encontra guarita no título que lhe deu origem e não na situação fática que se apresenta, sendo certo ainda que, quando confrontada a posse civil que se origina do direito de propriedade (*Ius possidendi)* com a posse natural, aquela prevalecerá sobre esta. Por mais absurdo que isso possa parecer, assim quis o ordenamento jurídico ao se filiar à teoria objetiva da posse, que tem no direito de propriedade o alicerce de todo o sistema possessório.

Várias foram as correntes doutrinárias que, ao longo do tempo, debruçaram-se no estudo dos direitos possessórios. Duas delas que se destacaram inicialmente foram as elaboradas por Friedrich Karl Von Savigny, que recebeu o nome de teoria subjetiva da posse, e Rudolf Von Ihering, que desenvolveu a chamada teoria objetiva em oposição à teoria subjetiva, ambas no século XIX.

Para Savigny, o indivíduo seria considerado possuidor quando exercesse um poder de influência sobre a coisa, atrelado à intenção de exercitar a posse como se proprietário fosse (*animus domini*). Se não houvesse essa conjugação, a pessoa seria considerada mera detentora. Seria o caso por exemplo do locatário que não tinha a intenção de ser dono da coisa, mas apenas explorá-la economicamente.

Em razão do elemento subjetivo que se fazia necessário para qualificar a pessoa como possuidora, o campo de defesa da posse era bastante reduzido, pois se limitava praticamente ao proprietário e àqueles que ingressavam na coisa autonomamente, uma vez que somente estes tinham o *animus domini*.

Este, aliás, foi um dos méritos da teoria subjetiva: pensar na autonomia da posse perante o direito de propriedade, como uma situação fática. Contudo essa proteção possessória conferida pelos *interditos* não foi pensada na posse por ela mesma, mas como

---

[55]Note-se que esse novo possuidor ainda não ingressou faticamente na coisa, mas pode se valer das demandas possessórias em face de terceiros esbulhadores, como por exemplo, aqueles que estão na coisa a título de comodato e notificados a deixar o bem nada fazem. Nesse sentido, explica Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves: "O acesso a via possessória decorre do fato de a aquisição da propriedade sub-rogar o adquirente em todos os direitos e ações do primitivo proprietário, incluindo-se aí a posse indireta oriunda das relações jurídicas que o alienante travou com todos aqueles possuidores direitos. Indubitavelmente, não será o caso de imitir o adquirente na posse, mas, ao réves, recuperar a posse cedida temporariamente." ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.154.

forma de proteger a integridade física do possuidor, como forma de garantir a autonomia da vontade, princípio norteador dos códigos liberais oitocentistas.[56]

Já para Ihering, a posse era considerada um instituto inferior ao direito de propriedade, sendo o mero exercício deste. Ele não reconhecia a posse como instituto jurídico autônomo.

Ainda segundo a corrente objetiva, e daí o seu nome, não é necessário, para se ter a posse, o *animus domini*, mas tão somente o elemento *corpus*. Entretanto, não o *corpus* do *IusCivilis*, como sendo um contato físico constante sobre a coisa, ou ainda, como um poder de disposição sobre a coisa, como defendia Savigny, mas como um comportamento – um agir como se proprietário fosse (*affectioTenendi*), dando destinação econômica à coisa, isto é, visibilidade ao domínio. Deve-se, pois perquirir se aquele que está na posse exerce atitude de proprietário, independentemente da intenção.

A grande virtude da teoria objetiva da posse foi prever o desmembramento possessório como expressão do exercício possessório, ou seja, aqueles que se encontram no uso e fruição da coisa, em decorrência de uma relação jurídica pactuada como o proprietário, passam a ser considerados possuidores (locatário, comodatário, credor pignoratício entre outros diretos), enquanto aqueles que detêm o título de propriedade, por não estarem no efetivo exercício da posse, são denominados possuidores indiretos.

Note-se que, ao transferir a posse a um terceiro, o possuidor ou proprietário não perde por completo os poderes inerentes ao domínio, apenas sofre uma limitação quanto a estes, porque os poderes de dispor e reivindicar ainda estão sob a sua tutela, e conforme dispõe a lei, possuidor é aquele de exerce de fato, de forma plena ou não, alguns dos poderes inerentes ao domínio.

Diante desse leque de possibilidades, percebe-se que, pela teoria objetiva, o campo de defesa possessória é expandido, pois permite, tanto ao possuidor direto quanto ao indireto, a defesa da posse e, consequentemente, da propriedade contra atos praticados por terceiros não autorizados a ingressar na coisa.[57]

---

[56]Segundo o Código Civil francês do ano de 1804 é a posse a "detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que temos ou que exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que tem ou que a exerce em nosso nome". Já o Código Civil espanhol de 1888 define a posse como ter uma coisa ou desfrutar de um direito com a intensão de dono, filiando-se à corrente subjetiva. O Código alemão não se preocupa em definir posse, mas tão somente elencar as possibilidades de aquisição, por meio do poder de fato exercido sobre a coisa. O Código Italiano se filiou à corrente objetiva e definiu a posse como um poder exercido sobre a coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício de propriedade ou de outro direito real, assim como fez o Código português. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direitos Reais*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 82).

[57] Tal possibilidade de desmembramento está prevista no artigo 1197 do Código Civil, com uma única crítica que se faz à sua parte final, uma vez que também é possível a defesa da posse do possuidor indireto perante o direito. Art. 1197: "A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de

Apesar da notória evolução quanto ao estudo possessório, a teoria objetiva de Ihering não passou ilesa às críticas da doutrina (e com razão), pois defende a posse como um primeiro veículo de defesa da propriedade, ou seja, subordina a posse à propriedade, extirpando a sua autonomia, e reduzindo-a a um direito ínfimo, como se fosse uma relação entre acessório e principal.[58]

A posse, para Ihering, seria uma sentinela avançada da propriedade, ou seja, mais uma possibilidade de defesa da propriedade, sendo que os *interditos possessórios* nascem, não em razão da posse em si mesma, mas, repita-se, como defesa da propriedade.

O mestre alemão até admitia a possibilidade da existência da posse desvinculada da propriedade, mas seria uma situação excepcional que perderia a razão se confrontada com o direito de propriedade aduzido por outro que não o possuidor.

Atualmente, as teorias de Savigny e Ihering não são mais capazes de explicar o fenômeno possessório à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais. Mostram-se ultrapassadas e contrárias à realidade social presente.

Assim, diante do quadro descrito, no qual não se apresentam muitas soluções para a posse exercida de forma autônoma, ou seja, desvinculada de qualquer relação jurídica anterior, seja ela real (propriedade) ou obrigacional (pessoal), busca-se, no estudo da função social da posse, um fundamento tanto jurídico como social para a sua existência.

A posse não deve ser protegida tão somente para se evitarem atos de violência contra o proprietário, conforme pregava Savigny em sua teoria subjetiva da posse, muito menos, párea ser considerada, como queria Ihering, uma forma mais simples e célere de defesa da propriedade.

Joel Dias Figueira Junior[59] sustenta que

> a posse existe no mundo fático por si só, independentemente da propriedade ou outro direito real , merecendo ser tutelada juridicamente pela função social e econômica que representa e não por outro motivo, seja ele qual for. Ressalta-se mais uma vez que não se tutela a posse para proteger o domínio ou a propriedade; isso é mera consequência. A posse é que dá vida, razão e sentido social ao domínio

---

direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto."

[58]Sustentava o autor alemão citado na obra de Marco Aurélio Bezerra de Melo, *in verbis*: " a protecção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da protecção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário." Aduz ainda o jusfilósofo : "pode-se considerar a posse como uma posição, como um reducto da propriedade. Não é por ela que se lhe concede protecção, é em relação à propriedade. Na posse, o proprietário se defende contra os primeiros ataques ao seu direito. Neste terreno não se dá um batalha decisiva para a propriedade, mas uma simples escaramuça, uma guerrilha em que, para continuar a comparação, não é necessária a grossa artilharia, mas basta a arma branca: - contra ladrão não se emprega canhão!"(MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p 20).

[59]JÚNIOR, Joel Dias Figueira, 1994 apud ARAÚJO, Barbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 87.

> e a propriedade no mundo fático, pois, sem ela a existência desses institutos não ultrapassaria o mundo dos direitos reais e eles jamais encontrariam a sua função, que reside justamente na relação possessória.

Hernández Gil,[60] diante dos fundamentos de Savigny e Ihering quanto à posse, sempre criticou as teorias subjetivas e objetivas desse instituto, justamente por entender que tais teorias depreciam a posse perante o direito de propriedade.

> La propiedad es, por ello, el punto de contacto entre ambas teorías. Aunque se presenten como antagónicas, hay entre las mismas una conexión, sin embargo, la conexión no quiere decir coincidencia, porque las funciones asignadas al mismo concepto son divergentes. Savigny acude a la propiedad como guía para el descubrimiento de los poseedores; la sitúa en el supuesto descriptivo de la norma para vería reencarnada en el portador del *animus*. Jhering hace descansar sobre ella todo el régimen jurídico posesorio. No inquiere, ciertamente, el factor dominical, pero la da por supuesto. La eliminación de la actitud volitiva, lejos de significar un apartamiento del factor dominical, entraña su entronización máxima. Por eso las dos teorías rivales adolecen de la misma quiebra: la necesidad de la propiedad para entender la posesión cuando ésta es una institución socialmente primaria, antepuesta.

Dessa forma, a defesa da posse deve existir para garantir a efetividade de direitos fundamentais, tais como o direito à moradia, ao trabalho e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana.

O acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.

Nesse sentido, leciona Marcos Alcindo de Azevedo Torres:[61]

> Se o legislador do Código não se preocupou com a conformação do direito de propriedade nos termos da Constituição, deixando de redesenhá-lo como era exigência de uma sociedade livre, justa e solidária, fez nascer um distanciamento entre a norma codificada e a norma constitucional, deflagrando uma crise de paradigmas, competindo ao Poder Judiciário suprir tal lacuna eliminando ou reduzindo o abismo de separação entre elas, através de interpretação conforme a Constituição, levando-se em consideração o papel criador da jurisprudência na sua função de dar vida, dar concretude às normas abstratas e genéricas diante do caso concreto, segundo os contornos fixados pela Constituição, numa permanente função dialética entre os fatos, os valores e a norma.

Aponta Luiz Edson Fachin[62] que "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."

Gustavo Tepedino,[63] pela ausência de reconhecimento a essa posse autônoma, aponta que o novo Código Civil foi retrógrado, uma vez que não deu ouvidos ao movimento de

---

[60] GIL, Antonio Hernández. *La Función social de La Posesión.* Madri: Alianza, 1969, p.72.
[61]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 438.
[62]FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p.19.

despatrimonialização do direito privado, pois, a partir da Constituição Federal de 1988, as relações patrimoniais foram funcionalizadas à dignidade da pessoa humana em que se protege mais o ser (personalidade) do que o ter.

Por sua vez, o constitucionalista Lenio Streck[64] assinala que a promulgação do novo Código Civil não "representou um acontecer da Constituição como se poderia esperar. Em muitos aspectos, o Código Civil provoca retrocesso, com nítida violação da cláusula constitucional da proibição de retrocesso social, implícita na Constituição Federal."

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri[65], ao comentar o Código Civil italiano, que serviu de norte para o brasileiro, aduz que:

> Modelado no Código Civil Francês de 1804, o Código de 1865 caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *mortis causa*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui "é".

A posição de Ihering também sofreu críticas de Fernando Luso Soares:[66]

> Não obstante, pois, o seu protesto de intenções ("ninguém menos disposto do que eu") com respeito a uma postura eminentemente burguesa e capitalista, a verdade é que Ihering declara uma – diria, integral – sujeição da posse à propriedade. (...) É indubitável que, para combater a tese de Savigny sobre o fundamento da tutela possessória, Ihering se socorre da primazia lógica; porém, para criticar e eliminar o *animus domini* como elemento distintivo da posse, ele posterga a mesma a propriedade. (...) Pobre autonomia da posse, a descoberta pelo investigador em Ihering, tal como já o fora em Savigny! Neste último, uma autonomia frustrada mercê da interferência do *animus domini*; em Ihering, uma autonomia marginal, de excepção, confirmativa de que a regra é, para o célebre autor de *A vontade na posse*, uma declarada sujeição.

O Código Civil de 2002, como se pôde perceber linhas acima, manteve-se fiel à teoria objetiva da posse, assim como o fez o Código Civil de 1916, deixando de acompanhar o processo de transformação da sociedade, principalmente no que tange ao abismo habitacional das grandes metrópoles, conforme se requer de qualquer diploma legal que pretender ser inovador e ao mesmo tempo justo com as aspirações sociais.[67]

---

[63]TEPEDINO, Gustavo. O velho projeto de um revelho Código Civil. In: *Temas de Direito Civil***.** Rio de janeiro: Renovar, 1999, p. 438.

[64]STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 295.

[65]PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.4.

[66]SOARES, Fernando Luso. Ensaio Sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In: RODRIGUES, Manuel (org.). *Posse: estudo de direito civil português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. LXVI.

[67] *"De lege ferenda*, a adoção da função social da posse consta expressamente do Projeto 699/2011, antigo Projeto 6.960/2002 (de autoria original do deputado Ricardo Fiuza), pelo qual o artigo 1.196 passará a ter a seguinte redação: Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica,

Essa situação, sem querer se estender na polêmica, não é exclusiva do Código Civil. A própria Constituição Federal assim pactua quando não permite a usucapião de bem público e, consequentemente, das chamadas terras devolutas.

Note-se que tal possibilidade de usucapir terras devolutas vinha prevista no artigo 2º da Lei nº 6.969/81,[68] para áreas rurais de até 25 hectares, mas, diante do texto constitucional, não se tem, após 1988, esse direito, o que também é reprovável.

Dessa forma, cabe à doutrina e à jurisprudência interpretar o Código Civil à luz da Constituição Federal e defender a possibilidade de deferir a posse àquele que não cumpre outros requisitos senão o referente à função social, sem qualquer vinculação com o título jurídico que lhe dê substância.

Assim sendo, conforme defende Norberto Bobbio:

> a função de um ordenamento jurídico não é somente controlar o comportamento dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos.[69]

As teorias sociais da posse procuram demonstrar essa autonomia da posse como um direito que decorre da apropriação econômica sobre a coisa e não apenas como um poder de fato sobre o bem, conforme defende o Código Civil nacional.

Como bem aponta Perlingieri,[70] "a posse não é um poder de fato sobre a coisa, mas um poder juridicamente relevante que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da propriedade ou de outro direito real."

Um dos defensores das teorias sociais da posse, Raymond Saleilles, sustenta que haverá posse quando o indivíduo que se encontra no bem consegue demonstrar uma situação de fato que aponte a independência no uso econômico da coisa, ou seja, quando não se vislumbra qualquer interferência por aquele que tem o conhecimento da ocupação e se sinta lesado com a perda da posse, mas nada faz para reverter o quadro. Caso não verificada essa independência econômica, o que se tem é mera detenção sobre a coisa.

Ainda atrelado a essa última questão, esclarece então Mauricio Motta e Marcos Alcino de Azevedo Torres[71] que o "*Animus* de apropriação econômica deve ser entendido aqui em

---

absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente a à propriedade ou outro direito real suscetível de posse." TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 4* – Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Gen, 2012, p.30.

[68]Art. 2º - A usucapião especial a que se refere essa Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas, em geral, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro, pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispõem sobre processo discriminatório de terras devolutas.

[69] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 79

[70]PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 143.

um sentido social, não individual. É a sociedade que, em épocas diversas e consoante vários fatores, reconhece esse *animus* de apropriação social." Portanto, havendo ainda algum impedimento social sob o plano objetivo, também não há que se falar em posse.

A posse surge então da vontade do indivíduo de se relacionar com a coisa, objeto de apropriação, e que por todos deve ser respeitada, uma vez que estes possuem a mesma necessidade. Essa simbiose ocorre e é legítima quando respeitado o interesse público consoante os costumes e a opinião pública.[72]

Diante da situação exposta, concluem os citados autores[73] – agora citando Silvio Perozzi:

> Os homens, depois que obtiverem certo grau de civilidade, abstêm-se socialmente de intervir em uma coisa que aparentemente não seja livre, isto é, com possibilidade de que alguém em situação facilmente perceptível pretenda a exclusiva disponibilidade. Em razão desse costume social, aquele que manifesta a intenção de que todos se abstenham da coisa para que dela ele possa dispor com exclusividade, sem que encontre resistência a isso, resta investido a respeito desta de um poder chamado posse, que pode ser definido, segundo Perozzi, como a plena disposição de fato de uma coisa.

Para Raymond Saleilles, o conceito de posse não está necessariamente adstrito aos elementos objetivos do poder de fato sobre a coisa, mas a um elemento que lhe seja exterior, que repercute no indivíduo integrado à sociedade. Ou seja, a consciência social é determinante para se apurar um poder independente sobre a coisa, ou então se este está destituído de qualquer iniciativa pessoal ou interesse econômico.

Fernando Luso Soares,[74] ao se manifestar sobre esse elemento externo que concede independência à posse e que forma a chamada posse social, apresenta quatro parâmetros para a sua identificação, que são:

> a) *o título jurídico* por que se possui, facto conhecido por si ou pela atitude do possuidor (logo, um valor social, mas não dominante na medida em que pode existir posse em qualquer situação jurídica, como por exemplo no mandato ou no depósito);
> b) *a vontade*, qualificando um ou outro facto como posse, mas também não dominante porque pode existir posse sem vontade (nos loucos, por exemplo);
> c) *o poder físico sobre a coisa*, mas ele não é essencial, pois por vezes o conceito social de poder independente existe com a simples possibilidade de o exercer;
> d) *a exploração econômica*, a qual também não é absolutamente necessária porque se entende em alguns casos proteger um estado de facto ainda que este não se traduza na utilização econômica do objeto.

---

[71]MOTA, Maurício e TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no código Civil. In: MOTA, Maurício (org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.12.
[72]SALEILLES, Raymond apud MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p.10.
[73]MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. In*:* MOTA, Maurício (org.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.11.
[74] SOARES, Fernando Luso, op. cit., p. CIX.

Raymond Saleilles[75] afirma que possuidor é aquele que utiliza a coisa segundo a sua função econômica, pois possui uma vontade livre, consciente e querida, nesse sentido, independentemente de eventual título de propriedade.

> A posse é o campo da apropriação individual, no amplo sentido da palavra, fora dos limites severos do *dominium*; ela foi protegida para defender os interesses econômicos de quantos disfrutavam uma apropriação que se reputava suficiente, sem ter para nada em conta o *dominium*, e às vezes para conseguir ampliar a propriedade ou atenuar o seu rigor; é a revanche contra o direito, ou se quiser, o terreno onde germinaram novos direitos individuais opostos ao direito absoluto, inflexível, rígido da antiga propriedade romana. (...) A teoria por mim proposta parte da independência da posse relativamente à propriedade, primeiro do ponto de vista histórico e depois atingindo a independência doutrinal. A posse não surgiu para servir de baluarte à propriedade, serviu-lhe sem dúvida para ampliar as suas bases, enfim, para consolidá-la onde aquela existia e parecia legítima.

Exemplo mencionado pela doutrina e que pode ser trabalhado perante as três teorias possessórias é o do caçador e sua presa capturada por uma armadilha. Para a teoria social, diante dessa situação fática, fica claro que, um terceiro que observa a cena tem no seu íntimo que aquele bem pertence a um caçador e, portanto, possui o dever de se abster de apropriar-se da coisa. Assim sendo, já existe a posse para o caçador, mesmo ele não sabendo que capturou o animal. Já para as demais teorias, acredita-se não haver ainda posse por parte do caçador, porque há o desconhecimento fático da captura, e, portanto, não há como se defender a *affectio tenendi* (vontade de ter a coisa para si) e muito menos o *Animus domini* presente na teoria subjetiva.

Note-se, então, que as teorias sociais da posse destacam a posse da propriedade, por meio de uma interpretação conforme os valores sociais que somente ganham repercussão quando efetivamente utilizados economicamente por aquele que dela se apropria.[76]

Salvatore Pugliatti,[77] professor da Universidade de Messina, ressalta que a posse social é aquela que, ao atender as necessidades individuais do cidadão, deve trazer também uma repercussão positiva para a coletividade, ou seja, deve existir uma correlação de interesses, entre o particular e o público.

---

[75] SALEILLES, Raymond, 1909 apud SOARES, Fernando Luso, op. cit., p. C-CI.

[76] Contudo, não é esse o entendimento de Fernando Luso Soares acerca da teoria desenvolvida por Perozzi. Afirma o autor português que, apesar da relevância social consignada à posse por Perozzi, tanto este como Savigny e Ihering não conseguiram desenvolver a posse desatrelada da propriedade, ou seja, sem traçar um paralelo com esta. Para Soares, Perozzi limitou-se a considerar como valor social da posse a sua espontaneidade, sendo uma instituição consuetudinária, pré-estatal, baseada no "próprio facto da abstenção surgida sem imposições." Entende, citando Hernández Gil que, quanto à teoria, trata-se de um primeiro passo, mas sem maiores consequências. SOARES, Fernando Luso, op.cit., p. C-CI.

[77] PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1964, p. 142.

> La funzione sociale, per consenso quasi unanime, pare si debba rinvenire in ciò che il diritto di proprietà non si debba intendere come mezzo di esclusiva tutela dell'interesse del proprietario, sebbene, anche come mezzo di attuazione di un interesse pubblico, comprendendo pure l'interesse del privato estraneo al rapporto di proprietà, perché e altresì pubblico interesse quello che sta a base del coordinamento interindividuale che è armonica collaborazione a fini nazionali. Una funzione sociale come elemento costitutivo che incide, non puramente uno scopo che aleggia al disopra; delia proprietà difficilmente si distingue dalla funzione senso tecnico. Né si chiarisce la distinzione quando si dice che nel rapporto di proprietà ritroviamo, oltre al diritto di proprietà anche il limite: sta come dovere immediato, sia come dovere mediato; bisognerà insistere sulla priorità della tutela dell'interesse privato del proprietario, e costruire il rapporto come ho tentato di delinearlo più sopra.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a posse ganha relevante densidade social e autonomia perante a propriedade e os direitos reais, dotando-a de efeitos *erga onmes*, inclusive quando questionada pelo direito de propriedade esvaziado economicamente.[78]

Afirma Ana Rita Albuquerque[79] que:

> Esta aspiração de consciência social que confere à posse o aspecto de legitimidade por uma vontade social e não apenas individual, traduzindo-se também na independência relativa ao direito de propriedade, oferece ao juiz o poder de dizer se um indivíduo exerce sobre uma coisa um poder independente e, portanto, se tem ou não a posse, todavia, para que esta solução seja equitativa, há que se fazer uma análise ponderada dos costumes e das relações sociais à época do conflito de interesses, e embora deixe algum poder de arbítrio nas mãos dos julgadores, preenche de forma mais concreta e legítima a aspiração e a finalidade social da posse como instituto jurídico.

Note-se que mesmo que se entenda[80] que a posse autônoma é protegida pelo ordenamento jurídico nacional – como acontece com o esbulhador e com o ladrão que adquire direito possessório perante terceiro –, o que o Código não protege é a posse em conflito com o direito de propriedade em uma demanda reivindicatória.

Pelo princípio da função social, previsto constitucionalmente, não há mais a faculdade do não uso da coisa, em outras épocas preservado pelo caráter absoluto da propriedade, pois é por meio, por exemplo, da posse-moradia, da posse-trabalho, do respeito ao meio ambiente

---

[78]"Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, porém um possuidor. Surge uma tensão entre o direito fundamental individual de propriedade, do art. 5º, XXII, da CF, e o direito subjetivo metaindividual do inciso XXIII. É necessário aprender a conviver com prováveis hipóteses de colisão entre princípios da função social da propriedade e da função social da posse. Esta tensão será solucionada pela lei ou pelo magistrado, na vertente do princípio da proporcionalidade." (ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.39).

[79]ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 129.

[80]Portanto, também no nosso direito, em que se garante a posse do ladrão ou do usurpador, desde que ele não se apresente *prima facie* por meio dessa qualidade, também há de se proteger a posse como um instituto jurídico autônomo, desvinculado de qualquer direito subjacente, não sendo possível, portanto, proceder a uma interpretação literal do art. 1196 do Código Civil, protegendo-se a posse somente nos casos em que há possibilidade de propriedade. (MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 9-10).

equilibrado com a preservação da flora e da fauna que o titular da coisa cumpre com a função social, e confere substância ao princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo não apenas interesses individuais, mas principalmente coletivos perseguidos pela sociedade.[81]

A própria Constituição preserva o direito ao mínimo essencial, que é tido por Ricardo Lobo Torres[82] como a parcela mínima de condições materiais sem as quais o cidadão não teria condições de viver dignamente. Dentro desse mínimo, estariam os alimentos, moradia, vestuário dentre outras necessidades básicas, sendo certo ainda que o exercício possessório seja um dos veículos de fomento dessas necessidades mínimas da vida em sociedade, uma vez que garante o acesso ao trabalho e também à moradia.

Quanto aos direitos fundamentais, sustenta Gilmar Mendes que

> os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos com garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. [83]

Já para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais do homem são

> situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre seu valor jurídico, que sua previsão em declarações ou em preâmbulos das constituições francesas suscitava. Sua natureza passara a ser constitucional, o que já era uma posição expressa no art. 16 das Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição. [84]

---

[81] "La función social como fin no consiste en un mero mostrar el contenido social de las instituciones jurídicas. Mientras la función social como presupuesto es el estar ahí de los fenómenos sociales, la función social como fin entraña una consideración del para qué de las instituciones jurídicas. El presupuesto social es predominantemente intrasocial. La consideración teleológica de la función social es un grado más avanzado de reflexión que se enuncia a través de un juico de valor. En tanto la función como dato integra los dominios de la ontología y la sociología, la función como fin incluye una actitud axiológica. Vista ambas funciones desde el plano de lo jurídico, se observa el siguiente elemento común: la tal referencia del derecho a la realidad social. Total referencia no quirie decir, sin embargo, radical adscripción o subordinación. Si es cierto, en cambio, que el derecho está al servicio de la realidad social; pero también modificando, en su caso, una realidad social dada." (GIL. Antonio Hernández, op. cit., p.47).

[82]TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 316.

[83] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

[84] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179.

Outrossim, verifica-se que a função social está na coisa e não no direito ou no seu titular. A terra cumpre a função social independentemente de qualquer titular a ela vinculado, ou ainda quando proibido qualquer uso direto.[85]

Quanto se protege a posse funcionalizada, encontra-se um meio de rejeitar a propriedade especulativa – esvaziada de conteúdo social e que, como bem de capital, atende ao interesse de poucos –, o que contribui para o processo de exclusão e marginalização daqueles que não a detêm. Por outro lado, quando se protege a posse autônoma com função social, está-se defendendo o direito à vida, à saúde, à segurança, ou seja, protege-se o ser humano e não simplesmente o capital.[86]

Pela simples interpretação da Constituição da República, pode-se afirmar que o direito de propriedade somente será garantido se este atender à sua função social (Artigo 5º, XXII e XXIII), sendo certo ainda que a própria Carta Constitucional, em seus artigos 1º e 6º, tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade do ser humano, atendidos pelo direito social à moradia e pela assistência aos desamparados. Logo, é da responsabilidade do Poder Público garantir esses interesses, que se expressam por meio da função social da posse.[87]

Nesse sentido, foi o posicionamento do TJ-RS[88] no julgado que se segue:

> Reintegração de posse. Liminar. Bem público. Garantias constitucionais. Inviável a concessão da liminar de reintegração de posse, diante de questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros.
> Ausência de comprovação na urgência do pedido liminar. Deram provimento. As circunstâncias emolduradas no presente caso não autorizam a concessão da reintegração, em caráter liminar. Muito embora não se desconheça o fato de que o bem público é insuscetível de aquisição de domínio pela posse, não se pode deixar de se examinar a questão em razão da função social da propriedade. Depreende-se que o demandado, ora recorrente, ocupa área municipal, juntamente com sua esposa e dois filhos menores. Ora, não há dúvida de que se trata de pessoa pobre, sem lugar para morar e que, em razão de a área ora em litígio estar desocupada, ali estabeleceu a sua moradia. Por outro lado, a alegação do município de que se trata de área recreativa é despida de qualquer prova. Pelo contrário, denota-se, pelas fotografias juntadas, que no local estão localizadas várias casas, o que indica que não há urgência no pedido. 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. Aqui, portanto, deve-se ter em conta de que o Estado, em qualquer nível, não pode se omitir diante da fragilidade e

---

[85]MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003. p.91.
[86]PEREIRA, Marlene de Paula Pereira. Releituras da teoria possessória: da posse como projeção do direito de propriedade a um instituto autônomo e transformador da realidade social. In*:* MOTA, Maurício (org.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 166.
[87]MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 40.
[88] BRASIL. TJ-RS. Agravo de Instrumento 70016038887, 19 Câmara Cível, rel. Des. José Francisco Pellegrini. Julgamento: 10/10/2006.

> da necessidade da parte demandada, devendo, de alguma forma, contribuir para a solução da questão. Assim sendo, mesmo diante de eventual precariedade da posse, não se pode deixar de observar, questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Deste modo, não há como se admitir, ao menos em sede de cognição sumária, a concessão liminar da demanda reintegratória.

A questão também não passou despercebida do TJ-MG:[89]

> A questão possessória ora discutida desborda os limites da relação jurídica processual e atinge uma coletividade de pessoas que, em composse vivia pacificamente na área em questão, nela criando o seu gado e trabalhando a terra. A repercussão social da demanda não poderia ser maior, estando em foco a dignidade das pessoas que residiam e exploraram economicamente o local. A posse, aqui, não é apenas da consecução de um bem da vida, ou da satisfação de um interesse material, mas do meio de sobrevivência, da manutenção não de uma, mas de várias famílias, não de uma, mas de várias gerações. [...] Atualmente, o conceito de função social já ultrapassou a esfera da propriedade e alcançou também a posse, de maneira que já se fala em função social da posse. No meu entendimento, já se pode perquirir sobre a função social da posse quando, como no caso em apreço, dá-se destinação econômica, aproveitamento dos recursos naturais, sustento e trabalho a uma coletividade de pessoas em razão da posse da terra.

Contudo, apesar de se manter conservador, conforme salientado por certa parte da doutrina, não quer dizer que, por outro lado, não foi inovador, porque, a despeito do Código de 2002 conceituar a posse de forma abstrata e unitária, com sujeição à propriedade, ameniza-se a concepção patrimonialista e utilitarista no restante do tratamento da matéria, conferindo-se à posse um tratamento sistemático, aperfeiçoado em comparação ao Código de 1916, com relevantes manifestações de uma intenção de dotá-la de autonomia em relação ao direito de propriedade.

A intenção do legislador de conferir maior relevância à posse se faz presente na redução dos prazos para a usucapião (artigos 1238 e 1242), na impossibilidade de se arguir em defesa, nas ações tipicamente possessórias, a exceção de domínio, bem como no artigo 1228, §4º do CC.

Segundo o disposto no mencionado artigo, caso o possuidor preencha os requisitos previstos na lei, terá o direito de permanecer na posse do bem, mesmo diante de uma demanda reivindicatória, na qual se pretende a posse, por meio do direito subjetivo de propriedade. E mais, caso pague a indenização arbitrada em juízo ao reivindicante tornar-se proprietário da coisa, independentemente de pedido de usucapião.

---

[89] BRASIL. TJ-MG. Apelação Civil 2.0000.00.492967-3/000, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgamento: 13/12/2005

Essa possibilidade prevista no artigo 1228, § 4º do Código Civil, já havia sido apresentada pela jurisprudência quando foi julgado o conflito ocorrido na favela do Pullman, em São Paulo.

No casa julgado na capital paulistana, o proprietário do imóvel, por não ter mais a posse sobre o terreno, propôs demanda reivindicatória em face dos ocupantes, sendo certo que no imóvel ocupado foram construídas, ao longo de 20 anos, várias residências e efetuadas diversas benfeitorias pelos posseiros. A demanda reivindicatória foi proposta antes da Constituição Federal e a questão teve que ser julgada à luz do artigo 524 Código Civil de 1916, que não fazia previsão da usucapião urbana, tanto individual como coletiva.

O juízo de primeira instância julgou procedente a demanda e ordenou a desocupação do imóvel, acrescido de indenização e sem a possibilidade de transacionar as obras e melhorias realizadas no imóvel durante o período de ocupação, pois considerou a posse dos ocupantes injusta e de má-fé. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo,[90] valendo-se da

---

[90]Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes.
A realidade concreta prepondera sobre a "pseudorrealidade jurídico-cartorária". Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclismo, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade. É o que se vê do art. 589 do Código Civil, com remissão aos arts. 77 e 78. Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado. No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá. É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente. Para o Direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente. Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória. Isso acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel. Por outras palavras, o *ius reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a doutrina e a jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro. Prossegue o acórdão afirmando que: "No caso dos autos, a retomada física é também inviável. O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível. (...) Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico. O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só se pode fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, arrumam-se de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de

realidade social acometida pelos anos, entendeu pelo perecimento do objeto (direito de propriedade) em razão da perda das suas qualidades essenciais e do seu valor econômico – a propriedade encontrava-se esvaziada.

Sustentou ainda que a situação estava consolidada pelo tempo e que a reintegração no imóvel pelo proprietário seria uma operação socialmente impossível de se obter.

Por fim, entendeu que o direito de reivindicar ficaria suprimido perante a função social da propriedade que, em nenhum momento, foi respeitada pelo proprietário. Entretanto, como não houve pedido de usucapião, entendeu o Tribunal de Justiça que o proprietário fazia jus a uma indenização contra quem de direito, como forma de compensar o proprietário pela perda do título de propriedade e de ponderar princípios constitucionais em tensão.

Objeto de recurso pelo proprietário essa questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça,[91] que, com inteligência, confirmou a decisão de segunda instância e interpretou o artigo 524 em consonância com os artigos 589, 77 e 78, todos do Código Civil de 1916.

Ao mencionar o artigo 589 do Código Civil de 1916, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a arrecadação de bens vagos se solidificaria em prol dos ocupantes, diante da realidade fática perpetrada.

Quanto ao acórdão do STJ, considera Maurício Mota:[92]

> Como é corrente nas decisões dos Tribunais Brasileiros, o importante acórdão não discorre sobre aquilo que está implicitamente na decisão: uma nova teoria de proteção possessória que é o coerente desenvolvimento de uma nova teoria da posse, na qual a valorização do elemento subjetivo contribui para a teorização de uma autonomia da posse em relação à propriedade. A posse, como instituto

polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito." BRASIL. TJ-SP. Apelação Civil 212.726-1-4, Rel. Des. José Osório. Julgamento: 16/12/1994.

[91]Civil e processual. Ação reivindicatória. Terrenos De loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. Cc, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-stj.I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do código civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77E 78, da mesma lei substantiva. II. "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso Especial" - súmula n. 7-stj. III. Recurso especial não conhecido. BRASIL. STJ. Recurso Especial 75. 659, Relator Ministro Aldir Passarinho. julgamento: 21/05/2005.

[92]MOTA, Maurício Jorge Pereira. Fundamentos Teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Rev. Jur*., Brasília, v. 10, n. 92, out./2008 a jan./2009, p.01-37.

> autônomo, não depende da propriedade (como imaginava Ihering em sua teoria "objetiva"), mas responde às novas exigências socias, criando uma janela através da qual o fato vem sendo reconhecido no ordenamento jurídico e valorado em relação à exigência básica, existencial do indivíduo. O acórdão, intuindo não obstante essa considerações sociais e existenciais, aferra-se ao formalismo da perda da realidade jurídica do loteamento e, por decorrência, a própria perda do objeto do direito de propriedade pelo abandono, considerando-se que perece o direito quando perecem as qualidades ou o valor econômico do objeto.

De tal questão tratou Miguel Reale[93] na exposição de motivos do Código Civil ao se referir à posse-trabalho, contida no artigo 1228, §§ 4º e 5º do mesmo diploma legal. Quanto a ela, assim se manifesta:

> A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas, sim imperativo de ordem social e econômica que decorre do novo conceito de constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna. Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de se conflitarem devem se complementar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica Contemporânea. (...) 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. Neste caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores. Trata-se como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se pode qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo as terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu "Conselho Administrativo". Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção a posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre a coisa, "como se" fora atividade do proprietário, com a "posse qualificada, enriquecida pelos valores do trabalho". Esse conceito fundante de "posse-trabalho" justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal com determina a Constituição.

Portanto, pode-se afirmar que diante do posicionamento da doutrina de vanguarda e de uma jurisprudência que se faz crescente (mesmo que pelo frio sistema atual se tenha aderido à teoria objetiva de Ihering), existe a real possibilidade de, em algumas situações, defender prevalência da posse autônoma funcionalizada perante o direito subjetivo de propriedade – embora ainda não se tenha completado o prazo para usucapião.

---

[93]REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. In: *Anais dos Seminários EMERJ debate o Novo Código Civil* – Parte I. Fevereiro a junho de 2002. Direito – Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj, p. 27-28.

Para que isso seja possível, é necessário entender que a função social da posse dá azo ao princípio da dignidade da pessoa humana e que, diante de um conflito entre este e o direito fundamental de propriedade desprovido de valor econômico, o primeiro deverá prevalecer, pois também atende ao direito fundamental de moradia.

Conforme ensina Daniel Sarmento,[94] diante de um conflito dessa magnitude, deve-se dar preponderância àquele direito que melhor atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais que protegem a sociedade como um todo.

> Nesta ponderação , porém, a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo direito.

Assim sendo, observa-se o direito à posse quando o indivíduo que nela se encontrar a usar segundo a sua função social, independentemente de essa posse estar atrelada ao direito de propriedade.

O bem esvaziado, sem cunho econômico, gera um dano social, uma perda de riquezas.[95] Diferentemente do que sustenta Ihering, a posse não pode ser vista tão somente como um poder fático sobre a coisa, mas sim como um valor extraído da utilização efetiva do bem, seja por meio da posse-moradia ou da posse-trabalho.

Sustenta Fábio Konder Comparato que, caso seja verificado, no curso de uma demanda petitória ou possessória, o abandono da propriedade imobiliária, o titular da coisa perderá a pretensão à recuperação do imóvel, mesmo que seja o titular da coisa regularmente inscrito no Registro Geral de Imóveis, ou seja, a exceção de domínio somente ganha fundamento se constatado o exercício segundo a função social da propriedade. Afirma o autor que quem descumpre essa função perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse, inerentes à propriedade. As regras do Código Civil e do Código de Processo Civil devem ser aplicadas conforme os mandamentos constitucionais e não de forma mecânica, sem a atenção às peculiaridades de cada caso.[96]

---

[94]SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, P.75.
[95]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.53.
[96]COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres em matéria de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2000, p.141.

No mesmo sentido, entende Sérgio Sérvulo da Cunha[97]

> que é requisito da ação reivindicatória a prova da propriedade através do título de origem e do título de exercício, correspondendo este ao preenchimento da função social. Faltando qualquer um deles, deve o autor da ação ser considerado carecedor dela, entendendo ainda que, existente no réu um direito à subsistência, a concessão de liminar frustraria a arguição, pelo ocupante, da *exceptio vitae sustinendae* e como é sabido às exceções não fulminam o direito, mas apenas o encobrem.

Por esse raciocínio, pode-se afirmar que o direito de propriedade não será retirado do titular desse direito subjetivo, mas permanecerá adormecido enquanto aquele que ali se encontrar estiver exercendo posse funcionalizada, que se converterá em direito subjetivo de propriedade quando completado o prazo para a usucapião.

Marcos Alcino de Azevedo Torres comunga do mesmo sentimento de prevalência da posse funcionalizada sobre o direito subjetivo de propriedade por meio de uma espécie de encobrimento[98] desse direito, quando verificado o abandono da coisa pelo titular e o exercício da posse segundo a sua função social pelo possuidor.

A perda da tutela constitucional da propriedade pelo descumprimento da função social gera a perda ou pelo menos o amortecimento do direito de reivindicar – interferência que por si só protege o titular de posse funcionalizada, até quando assim mantiver a sua posse, ainda que o tempo permita sua transformação em propriedade pela usucapião. O direito do proprietário está paralisado e com isso terá o possuidor efetiva tutela do ordenamento. [99]

Caso esse possuidor descuide da função social que o imóvel requer, sua posse perde sustentação e nova demanda reivindicatória poderá ser proposta pelo proprietário, uma vez que o encobrimento do direito somente preservou o *status quo*, ou seja, não alterou a titularidade do bem que permanece com o proprietário reivindicante.

Note-se que a posse, seja ela exercida pelo proprietário ou pelo possuidor, deve respeitar quanto ao seu uso a função social, sendo certo que esta ganha maior relevo quando exercida apenas pelo possuidor que não mantém qualquer relação jurídica com o proprietário, porque é a função social o fator de legitimação para o uso e permanência na coisa. O proprietário, em tese, recupera a posse pelo título de propriedade, enquanto o possuidor esbulhado somente se reintegra se demonstrar o exercício da função social.

---

[97]CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *A nova proteção possessória*. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 273.

[98]O encobrimento do direito advém da posse funcionalizada que funciona como uma exceção de direito material. Considerada como um contradireito, tem como função encobrir a pretensão ou outro direito. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Parte Geral. 3. ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo VI, p. 4-5.

[99]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 400.

Dessa forma, é importante perquirir sobre qual exercício possessório faz menção o *caput* do artigo 1238[100] do Código Civil, que, inclusive, permite sua conversão em propriedade por meio da usucapião.

Antes de ingressar nessa questão, cumpre trazer à tona, quanto à função social da propriedade, a posição de Eros Roberto Grau:[101]

> O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não apenas de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*.[102]

Imagine uma situação hipotética de um imóvel sem uso por seu titular, que esteja praticamente abandonado, e um terceiro, aproveitando-se dessa situação, ocupa o bem. Com o passar dos anos, esse possuidor apenas realiza atos de zelo sobre a coisa, como por exemplo, capinar e cercar. Passam-se mais alguns anos e o então ocupante já se apresenta como proprietário para os vizinhos e mantém apenas os atos de manutenção. Ao final de quinze anos, diante da literalidade do artigo 1238, *caput*, esse ocupante terá direito a se tornar proprietário da coisa por meio da usucapião?

Em tese, pode-se afirmar que o ocupante, nessa situação, poderia adquirir a propriedade, pois preencheu os requisitos previstos na lei e, em comparação à atuação do verdadeiro proprietário, teve melhor posse do que este.

Contudo pode-se dizer realmente que esse indivíduo, diante da conduta narrada, exerceu atos possessórios?

A posse deve ser protegida quando vivenciada, por parte do ocupante, uma relação material com a coisa que cumpra uma função social e econômica. A usurpação da posse ou da propriedade alheia não deve ser autorizada, sequer tutelada, quando o agente demonstra a ingerência sobre a coisa, mas com intuito de mera especulação, no qual se busca o reconhecimento de seus atos como atos de possuidor, para se valer no futuro da aquisição da coisa para futura alienação[103].

---

[100]Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
[101]GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 10. ed. 1988, p. 245.
[102]GRAU, Eros Roberto, op. cit., p.245.
[103]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 312-313.

Marco Aurélio da Silva Viana, quanto à interpretação do *caput* do artigo 1238, aduz que a posse somente é considerada como utilização da coisa quando verificada uma destinação econômico-social, uma vez que é essa solução que atende ao interesse da coletividade. Não se justifica que um imóvel improdutivo em mãos do titular, seja dele tirado e entregue a outro, dito como possuidor, que adota a mesma postura do proprietário omisso, ou seja, que nada fez em prol da sociedade.

Segue o mencionado autor:[104]

> Quando o dispositivo em exame estatui que se deve possuir como seu o imóvel, a interpretação correta e conforme a realidade que vivemos, é que ele pode usucapir se deu ao imóvel a finalidade econômico-social que lhe negou o titular do domínio e que atende aos interesses da coletividade. Se a propriedade deve ser exercitada nesse diapasão, com maior razão a posse, pois a usucapião é um ato espoliativo contra o titular do domínio, mas que se justifica pelo interesse social. Com esse modo de ver a posse, dando-lhe autonomia e tendo-a como forma de utilização do imóvel, vencemos as dificuldades ditadas pela norma legal, calcada em teorias divorciadas do mundo moderno, sem que isso fira a letra da lei, mas lhe dá vida segundo a realidade que é chamada a regulamentar. No caso concreto, o intérprete e aplicador da lei deve examinar se aquele que pretende usucapir está utilizando o imóvel segundo sua destinação econômico-social. E mesmo que se pretenda ser escravo da expressão formal, mesmo assim não pode ser outra a solução. A esse entendimento chegamos quando consideramos o princípio da função social da propriedade, que se manifesta no Código Civil de forma clara nas disposições dos artigos reunidos sob a epígrafe "Das disposições preliminares", do Título III, do Livro III, dedicado ao Direito das Coisas. Se entendermos o possuidor como aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, forçoso convir que tais poderes estão submetidos ao princípio referido. Isso desemboca na noção de utilização do imóvel segundo sua destinação econômico-social. Ponderamos, outrossim, que a expressão "tem de fato o exercício de alguns dos poderes inerentes à propriedade", expressa o exercício efetivo, relativo, do usar e gozar, faculdades inerentes à propriedade. Significa que o possuidor é quem utiliza efetivamente o imóvel. E essa utilização está vinculada à sua função econômica e social, como encarecido.

Segundo, a legalidade civil-constitucional, o exercício possessório somente se protege quando exercido com consonância nos valores constitucionais. Percebe-se assim, o aspecto dinâmico da posse, cujo conteúdo não é fixado apenas pela emanação dos poderes próprios do domínio, mas depende também de centros de interesses extraproprietários que justificam e legitimam a relação possessória. Dessa forma, a proteção possessória somente ganha relevo se estiver em total simbiose com a função social, o que denota a utilização da coisa por meio dos direitos fundamentais, tais como a moradia, o trabalho, a proteção à família, a utilização racional e adequada do solo, dentre outros.[105]

---

[104]VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil.* Volume XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85-86.
[105]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 445.

Veja que, mesmo seguindo a divisão estabelecida por Eros Grau[106] quanto à finalidade da propriedade, que, em certos casos (como o exercício para a subsistência), cumpre uma função individual, e, em outros, cumpre uma função social, não se extrai do exemplo narrado qualquer dessas funções.

Marcos Alcino de Azevedo Torres adverte que a vontade do verdadeiro possuidor não pode ser direcionada a um comportamento antissocial e reprovável, como a formação de banco de terras ou a usurpação da terra para fins especulativos.[107] Para que o ocupante seja considerado possuidor da coisa, deve este se ater aos fins econômicos e sociais previsíveis para aquele bem, pois, do contrário, segundo o mencionado autor, deve prevalecer o direito de propriedade ou a posse do anterior ocupante.

Outrossim, defender a solução da controvérsia na retomada da coisa pelo proprietário também seria um contrassenso. Deve-se pensar, então, na possibilidade de o indivíduo, ao visualizar que tal imóvel esteja sem qualquer destinação socioeconômica, imbuído da percepção de que vive em sociedade e que a propriedade deva cumprir com a função social, comparecer aos órgãos competentes da municipalidade e pleitear, em face da omissão do proprietário e, consequentemente, daquele que ali se encontra, a aplicação do artigo 1276 do Código Civil.[108]

Por fim, para concluir a questão, e conforme já dito anteriormente, a posse não deve ser protegida para se preservar a integridade física do possuidor, no intuito de manter intacta a autonomia da vontade, como previa Savigny, e nem deve a posse ser protegida pelo simples fato de ser um mecanismo mais célere de defesa da propriedade, ou seja, uma sentinela avançada da propriedade, como queria Ihering, mas deve ser protegida para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, tais como moradia e trabalho, dando azo ao princípio maior da dignidade do ser humano, buscando-se com isso a erradicação da pobreza e da desigualdade das classes sociais – Artigo 3º, I, III da CRFB.

---

[106]"Enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal é a garantia pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado *poder de polícia* estatal." (GRAU, Eros Roberto, op. cit., p.235).

[107]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 312-313.

[108]Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Para que isso seja possível, deve-se interpretar o Código Civil à luz da CRFB, e não o inverso, conforme alguns intérpretes ainda insistem em fazer, pois, com isso, estar-se-ia homenageando a propriedade individual, bem como privilegiando as riquezas patrimoniais em detrimento do ser humano.[109]

E, apesar das verdadeiras críticas feitas ao Código Civil de 2002, podem-se apontar alguns avanços quanto à proteção da posse funcionalizada em face do direito de propriedade esvaziado, sendo um deles a conversão da posse em propriedade, manifestada no artigo 1228, §§4º,5º do Código Civil, que se passa a desenvolver.

[109]Afirma Gustavo Tepedino que "grande parte dos civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo, tendência que parece se intensificar diante da promulgação do Novo Código Civil. Todavia, a prioridade e imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são proposições que se revelam mais do que nunca inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, "incorrendo no frequente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição; a segunda , "herança da concepção tradicional", não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito. Assim estando as coisas, parece fundamental uma (ainda que superficial) reflexão de caráter metodológico e dogmático sobre a propriedade constitucional." TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.333.

2 ANÁLISE DO ARTIGO 1228, §4º, DO CÓDIGO CIVIL

Vistos, então, o processo histórico de exclusão na sociedade brasileira, bem como o necessário reconhecimento da posse autônoma funcionalizada como forma de efetivação dos direitos fundamentais de moradia e trabalho – que, segundo relatado por Miguel Reale, conforme visto anteriormente, serviram de fonte de criação do artigo em exame –, passemos à apresentação e análise das questões controvertidas sobre o tema, ponto nodal da presente dissertação.

A Aquisição Social Onerosa da Propriedade[110] é mais um dos institutos que atuam como forma de coagir o proprietário a abandonar o estado de inércia em que se encontra e efetivamente atuar sobre a coisa de modo a lhe dar uma destinação socioeconômica, ou seja, trata-se de um instituto que busca afastar a faculdade conferida ao proprietário, diante do direito subjetivo que lhe pertence, de simplesmente não se utilizar da coisa, pois assim agindo, pode, em um futuro próximo, perder a titularidade do bem para aquele que a utiliza conforme requer a Constituição Federal.

Por se tratar de um dispositivo que tramita pela realidade social, o legislador previu em sua redação os chamados conceitos jurídicos indeterminados, o que, na verdade, é uma técnica legislativa, que confere ao magistrado maior flexibilidade ao proferir determinado julgamento. Com a referida técnica, o magistrado não realiza apenas a subsunção do fato à norma, mas passa a ser criador e livre intérprete da lei, ou seja, são normas que não definem parâmetros de conduta, mas sim parâmetros de interpretação.[111]

---

[110] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §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. §2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. §3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. §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. §5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

[111] Houve, nesse sentido, progressivo aprimoramento da técnica legislativa, com o emprego das denominadas cláusulas abertas (princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) como autênticos instrumentos de abertura do sistema para as questões sociais progressivamente complexas e inovadoras. O denominado Estado pós-social apresenta o direito mais adaptável às contingências, reconhecendo maior importância aos princípios, aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais. [...] Os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição fática de específica realidade normativa, tendo um grau de generalidade e abrangência menor que as cláusulas gerais. [...] No Brasil, a socialidade é pensamento ou preceito

Outra importante missão dos conceitos jurídicos indeterminados é permitir a entrada de conceitos e valores constitucionais nas relações privadas,[112] pois como o Código Civil não estabelece as diretrizes, o magistrado, para buscar o argumento de autoridade de sua decisão, terá que se valer das normas e princípios constitucionais que, no caso específico do artigo 1228, §§ 4º, 5º CC, seriam a função social da propriedade, o direito de moradia e trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A título de exemplo, integram os referidos parágrafos dois conceitos indeterminados, que bem ilustram o que se quer dizer, quais sejam: a justa indenização e a extensa área.

Para enfrentar o quesito justa indenização, o magistrado, ao analisar o caso concreto e legitimar a sua a decisão, poderá buscar na doutrina e jurisprudência o que se entende por justa indenização. Agora, quanto ao requisito extensa área, a doutrina e a jurisprudência nem sempre serão capazes de nortear o julgador, devendo este se valer das peculiaridades do local e verificar se naquele contexto existe ou não uma extensa área, como por exemplo, ser ela urbana ou rural.

Como a aquisição prevista nos parágrafos do artigo 1228 do CC atinge o direito fundamental de propriedade, é claro que ela fomenta a indignação daqueles que possuem grandes terras, e que delas se servem para fins meramente especulativos. Vislumbrar a perda desse direito, por intermédio de um instituto jurídico e não por vontade própria, nunca foi e nunca será uma questão das mais tranquilas para o operador do Direito.

---

estruturante de todo o Código Civil de 2002, instrumentalizada, inclusive, pela cláusula geral que proíbe o exercício abusivo do direito (art. 187). Já a base fática do conteúdo do §4º do art. 1228 do Código é plena de conceitos indeterminados que, para serem preenchidos, devem ser analisados à luz do princípio e da cláusula geral citados. A operabilidade consubstancia-se na adoção dessa técnica legislativa com formulação de hipóteses de incidência, com abertura de valoração, vagueza semântica, permitindo-se maior mobilidade e adesão à realidade. [...] A socialidade decorre da necessária superação do exagerado individualismo, da concreção das normas com ênfase na diretriz da solidariedade social, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas. 2011. pp. 172-174.

[112] Carmem Lúcia Silveira Ramos afirma que neste novo contexto, "ainda mantida a estrutura jurídica-liberal-burguesa na organização do sistema, não há nenhum sentido na proteção de um direito proprietário de conotação individualista, privilegiando no que se refere aos bens sobre os quais incide a apropriação imobiliária, como o fez o texto do Código Civil brasileiro de 1916, editado numa época em que a base das fortunas era a propriedade fundiária. No momento histórico atual, caminha-se na direção da despatrimonialização dos bens jurídicos, valorizando o conhecimento e a educação. (...) Por tudo isto, pode-se asseverar que os novos paradigmas, consagrados constitucionalmente, com relação à apropriação de bens e relações contratuais, funcionalizando o exercício dessas atividades com um sentido social, antecedida pelo rol de direitos e garantias do cidadão, princípios categóricos, instituídos no plano individual e coletivo, para trabalhar suas dimensões fundamentais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, correspondem, ao menos em parte, a um reflexo da concepção da vida em sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre." RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 16.

Dependendo dos interesses que estão em disputa, a balança poderá pender para o lado mais fraco ou talvez para o lado mais forte da situação, e, muitas vezes, será a doutrina ou então a jurisprudência a arbitrar esse jogo.

Não se crê nessa possibilidade, mas as críticas e o desuso do artigo em questão podem explicar esse pêndulo, que deixa claro para que lado hoje se encontra.

2.1 **A constitucionalidade do artigo 1228, §§ 4º, 5º do Código Civil**

A Constituição Federal prevê como direito fundamental de segunda dimensão o acesso à moradia digna e ao pleno emprego, devendo o Estado implementar políticas públicas que garantam à população de baixa renda o exercício desse primordial direito.

Entretanto, apesar de ser um instituto que protege o direito de propriedade exercido segundo a sua função social, existem vozes na doutrina, como de Carlos Alberto Dabus Maluf,[113] que o entende como inconstitucional, sendo certo ainda que, por meio do dispositivo, passa-se a fomentar a invasão de terras urbanas, traduzindo-se em um verdadeiro confisco da propriedade particular.

No mesmo sentido é a opinião de José Carlos de Moraes Salles:[114]

> Finalmente, cumpre-nos o dever de dizer que normas como as constantes dos §§4º e 5º do art. 1228 do Código Civil de 2002 são incentivadoras de invasões da propriedade privada, tanto no campo como na cidade, em manifesta violação do direito de propriedade assegurado pela Constituição (art.5º, inciso XXII). São munição de grosso calibre nas mãos de indivíduos inescrupulosos, interessados no caos social e na implantação de ideologias nada mais democráticas, que, apesar de quase desaparecidas nos países eufemisticamente ditos socialistas, são o deleite de indivíduos cujas ideias se perdem no tempo e no espaço, pelo atraso que representam. Essas invasões já estão por aí há muito tempo, causando desassossego à grande maioria da sociedade ordeira e verdadeiramente trabalhadora, prejudicando a produção nacional e violando descaradamente não só as leis civis e penais como a própria Constituição Federal. Pelas razões expostas, melhor seria se fossem revogados os §§4º e 5º do artigo 1228 do atual Código Civil.

Quanto a esse posicionamento, quando possível a compatibilização das normas, não cabe ao intérprete, por motivações ideológicas, criticar a lei, mas apresentar uma solução para as obscuridades latentes.[115]

---

[113] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil.* 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 25.
[114] SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 470.
[115] MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino, op. cit., p.42.

Observa-se que, quando criada uma lei, ela é pensada para aqueles que dela realmente necessitam, ou ainda, para propiciar melhorias para a população como um todo, ou seja, quando verificada uma desproporcionalidade entre a realidade social e o Direito, pode-se afirmar que não há palavras e nem comandos inúteis na lei.

Diante de simples leitura do artigo, verifica-se que esse entendimento (permissivo para invasões) não se coaduna com o instituto da aquisição social, que requer a boa-fé[116] dos ocupantes.

A boa-fé deve ser entendida no sentido da ocupação (ato voluntário e pacífico) do imóvel por aqueles que pretendem dar uma destinação socioeconômica à coisa abandonada.

Não se vislumbra o sentimento de boa-fé naqueles que buscam, por meio da invasão (ato voluntário e violento) de propriedades alheias, pressionar o governo a implantar políticas públicas, ou ainda, delas se valerem tão somente para fins de especulação imobiliária.

Ainda no que tange à inconstitucionalidade, esta pode ser essa arguida em razão de ser a aquisição da propriedade uma forma de desapropriação de iniciativa do Poder Judiciário e não do Poder Executivo, conforme requerem os artigos 182, §4º, III e 184 da Constituição Federal; ou em razão de ser essa modalidade de desapropriação criada por lei ordinária, o que também contraria a CRFB, pois apenas a Magna Carta pode criar modalidades de desapropriação que atinjam direito fundamental de moradia.

Para aqueles que defendem[117] ser isso uma forma de desapropriação, o que se tem não é uma nova modalidade desta, mas tão somente uma espécie do gênero desapropriação por interesse social, prevista na Constituição Federal. Tal conclusão se extrai da parte final do parágrafo quarto do artigo 1228, do Código Civil, que se refere ao *"interesse social e econômico de caráter relevante."*

Quanto à questão da iniciativa para o procedimento de desapropriação, essa mesma corrente defende que não há inconstitucionalidade na via eleita, uma vez que a desapropriação é ato do Estado e não prerrogativa exclusiva dos poderes Executivo ou Legislativo.

---

[116] A boa-fé prevista no ordenamento jurídico nacional para a utilização da coisa por meio da posse é a chamada boa-fé subjetiva, que será melhor desenvolvida no tópico específico sobre o assunto, contudo pode-se desde já adiantar que a boa-fé subjetiva é aquela, segundo Gustavo Tepedino, na qual o possuidor não tem a consciência da ilegitimidade de sua posse, ou seja, desconhece o vício que a inquina. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 455-456.

[117]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de, op. cit., p. 40. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, op. cit., p.30. /BARBOSA, Camilo de Lélis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Compreendendo os novos limites à propriedade:* uma análise do art. 1228 do Código Civil. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6725>. Acesso em 23 abr. 2013 /ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005.

Essa corrente parte dos pareceres sobre a constitucionalidade do artigo emitidos tanto pela Câmara dos Deputados como pelo Senado Federal. Sustentam os órgãos do legislativo que o artigo em exame é constitucional, porque a perda da propriedade decorre de uma desapropriação por interesse social.[118]

Como não se defende na presente dissertação ser o artigo 1228, §4º do Código Civil uma desapropriação, essa discussão para o tema é apenas acadêmica. Por outro lado, comprova-se a defesa por um instituto autônomo, que possui suas próprias regras e, assim sendo, não necessita passar por esses questionamentos que se referem, na essência, a outros institutos.

Dentro do contexto jurídico brasileiro, portanto, a constitucionalidade do dispositivo é defensável, uma vez que se trata de instituto que busca, por meio dos seus requisitos, conceder a função social prevista constitucionalmente ao direito de propriedade, sendo certo que esse direito hoje protegido é aquele exercido segundo a sua função social, logo não há qualquer vício de inconstitucionalidade que inviabilize a aplicação da aquisição social onerosa da propriedade.

No mesmo sentido é o posicionamento de Marco Aurélio Bezerra de Mello,[119] ao afirmar que a constitucionalidade do citado parágrafo encontra guarita na função social da propriedade.

Teori Albino Zavascki,[120] defende que o instituto ora em estudo, não guarda semelhança com a desapropriação. Sustenta o autor que o legislador apenas ponderou princípios constitucionais em conflito, dando ênfase ao princípio da função social em detrimento do direito de propriedade.

> Em nosso entender, o fundamento da legitimidade pode ser buscado a partir das premissas aludidas na parte introdutória do presente estudo. Com efeito, o dispositivo do Código constitui forma de solucionar um fenômeno de colisão entre o princípio do direito de propriedade (que incluía faculdade de utilizar a ação reivindicatória e os interditos possessórios para haver a coisa de quem injustamente a possua – Código Civil, art.1.228, caput), e o princípio da função social da propriedade (considerado atendido, nas circunstâncias, pela forma e pelo modo como o bem está sendo utilizado pelos possuidores não-proprietários). Ponderando os valores constitucionais em conflito, o novo Código opta por solução que privilegia o princípio da função social. Aliás, o próprio Professor Reale, em passagem referida, deixou claro que "não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, 'como se' fora atividade do proprietário, com a 'posse qualificada', enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de 'posse-trabalho' justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade

[118]ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun., 2005.
[119]MELO, Marco Aurélio Bezerra de, op. cit., p.94.
[120]ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 50-61.

> reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição".

Ademais, diante da tensão constitucional gerada pelos princípios fundamentais, deve-se buscar dar prevalência àquele que, dentro do conflito, aproxima-se mais do princípio da dignidade da pessoa humana, no caso, o direito à moradia sobre o direito de propriedade desfuncionalizado.[121]

O Conselho da Justiça Federal, por intermédio do Enunciado nº 82 da I Jornada de Direito Civil, assim dispõe: "é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista no §§4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil.

2.2 **A Natureza jurídica do instituto**

Como não poderia deixar de ser, a natureza jurídica do instituto criado pelo Código Civil desperta controvérsias na doutrina que se debruça sobre o tema.

A partir dela, extraem-se os mais variados posicionamentos sobre o assunto e será por meio da natureza jurídica que se buscará a autonomia do instituto frente aos demais já existentes no ordenamento jurídico.

O artigo 1228, § 4º do Código Civil, ao contrário do que defende grande parte da doutrina, não é um apêndice ou uma modalidade de algo já existente, mas sim uma forma de aquisição da propriedade, prevista em lei, com suas regras próprias, assim como é a compra e venda, a usucapião, a arrematação e etc.

A primeira corrente doutrinária, em razão dos requisitos previstos na lei, que muito se assemelham com a prescrição aquisitiva, trabalha com a possibilidade de ser o instituto, na

---

[121]Aduz Daniel Sarmento que: "Ao realizar a ponderação, deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe 'compreensões' recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, em que a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à convivência com o outro. O nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compreensão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha a ser afetado no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema." SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

verdade, uma usucapião especial. Dentre aqueles que assim o consideram está Carlos Roberto Dabus Maluf[122], atualizador da obra de Washington de Barros Monteiro.

> Outro aspecto que merece também reflexão é a criação, pelos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do novo Código Civil, de um novo tipo de usucapião especial, pois prevê que o proprietário será privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, e estiver na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem nela realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, fazendo o proprietário jus à indenização.

Ocorre que, para que seja deferida a usucapião ao possuidor, é necessário que este esteja provido do *animus domini*, ou seja, a vontade de ser proprietário da coisa e dos demais requisitos previstos na lei.

O *animus domini* constitui um dos elementos previstos por Friedrich Carl von Savigny para identificar o possuidor de uma coisa móvel ou imóvel. Já o outro elemento previsto em sua teoria, chamada de subjetiva (justamente em razão de conceder prevalência ao estado anímico do possuidor), era o *corpus* – tido como um poder de influência sobre a coisa.

O Código Civil adotou a teoria objetiva da posse em vez da teoria subjetiva; isso não significou que houve um afastamento completo do *animus domini* no nosso ordenamento jurídico. Ele não está presente para caracterizar o possuidor, mas sim o usucapiente, uma vez que as modalidades de aquisição da propriedade que se formam por meio da usucapião determinam que o pretendente deva possuir *como seu* o imóvel ocupado, ou seja, o Código requer o elemento anímico para a aquisição, pois, se assim não o fosse, possuidores diretos poderiam se valer da usucapião para adquirir o direito subjetivo de propriedade, como, por exemplo, o locatário, o comodatário e o usufrutuário.

Diante de uma simples leitura do artigo 1228, §4º, CC percebe-se a dispensa do elemento anímico. [123]

Para a aquisição, na forma dos parágrafos quarto e quinto do artigo 1228 do Código Civil, não é necessário o *animus domini*, pois em nenhum momento exige a lei que o possuidor utilize o imóvel como seu, basta tão somente, o preenchimento dos requisitos previstos na lei.

---

[122]MALUF, Carlos Alberto Dabus. Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade. *Tribuna do Direito*, São Paulo, maio de 2002, p. 16.

[123]Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Nesse sentido, também vai Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "Não há como confundir a desapropriação privada com a usucapião, já que naquela não se exige o *animus domini*, além de não existir qualquer tipo de indenização quando se verifica a usucapião como modo originário de aquisição da propriedade imóvel." (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 82).

Outro fator que afasta por completo a possibilidade de se considerar a aquisição social onerosa da propriedade, uma usucapião especial, é o fato de que na usucapião não se fala em indenização, enquanto, naquela, é requisito essencial e dos mais controversos previstos no dispositivo.

A segunda corrente sobre a natureza jurídica do Artigo 1228, §4º do Código Civil, considera-o uma desapropriação realizada pelo Poder Judiciário.

Conforme já salientado, essa corrente parte dos pareceres sobre a constitucionalidade do artigo emitidos, tanto pela Câmara dos Deputados, como pelo Senado Federal. Sustentam os órgãos do Legislativo que o artigo em exame é constitucional, porque a perda da propriedade decorre de uma desapropriação efetivada pelo Poder Público, prevista na Constituição Federal.

Afirma Maria Helena Diniz[124] que, pela leitura do dispositivo, pode-se afirmar estar diante de uma desapropriação judicial qualificada, pois, ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou-se o segundo.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves[125] afirmam tratar-se de desapropriação, uma vez que ao proprietário desidioso é conferido o direito de receber uma indenização, o que não se vislumbra na usucapião.

Para essa corrente, a modalidade de desapropriação dar-se-ia por interesse social ou necessidade pública prevista no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, e o seu procedimento seria o indireto, pois não se tem um ato expropriatório prévio à ocupação que confira o direito a indenização. No caso em questão, primeiro ocorre a ocupação e, posteriormente, com a demanda reivindicatória e o pedido formulado em defesa dos ocupantes, defere-se o direito à indenização ao titular do direito subjetivo perdido.

Sustenta ainda essa corrente[126] que, em razão da demanda instaurada em juízo, a legitimidade para desapropriar é conferida ao Poder Judiciário, e não há qualquer óbice jurídico nessa possibilidade, uma vez que a desapropriação não é uma prerrogativa exclusiva de um dos Poderes Públicos, mas de uma ação que pode ser coordenada por qualquer um deles.

> A modalidade indireta da desapropriação é fruto da ocupação dos bens por considerável número de pessoas, sem prévio ato expropriatório, como fato anterior à indenização, a maneira do que se dá no direito administrativo. A desapropriação é Judicial, pois pela primeira vez no direito brasileiro quem determinará a privação do direito de propriedade não será o Poder Executivo ou o Legislativo, mas o poder judiciário.

---

[124]DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4, p. 198.
[125]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de, op. cit., p. 41.
[126]Ibidem.

Contudo, a desapropriação é um ato em que prepondera o interesse público, impulsionado por uma política pública previamente estabelecida pelo Poder Executivo, que inclusive, faz constar do seu orçamento anual o gasto com tais políticas.

Portanto, a desapropriação é um ato de natureza administrativa, provocado pelo Poder Executivo, sem ingerência de qualquer outro poder, sendo certo que toda a motivação para o ato vem descrita no decreto expropriatório.

No caso em apreço, torna-se difícil defender a desapropriação. Primeiro, em razão da iniciativa, que, no caso do artigo 1228,§4º, CC, é do particular que alega o direito em defesa de uma demanda reivindicatória e, assim sendo, diante do princípio da inércia, o juiz somente age quando provocado pelas partes. Segundo, não há um decreto expropriatório e o imóvel a ser "desapropriado" não ingressa no patrimônio público, ou seja, o bem controverso transita entre particulares, sendo que, neste caso, o poder público atua apenas como uma ponte entre os interesses particulares em jogo. E, terceiro, a função do juiz é jurisdicional, deve ele apenas resolver um conflito de interesses entre particulares. Assim sendo, cabe ao magistrado verificar se estão preenchidos os requisitos previstos na lei para deferir o direito; assim que sua atuação estiver vinculada, não haverá liberdade de direcionamento de políticas públicas, como acontece nas desapropriações tradicionais. E por último, não menos importante, o Estado não participa da demanda, logo não tem como sofrer os efeitos da coisa julgada.

A aludida corrente, ao defender a constitucionalidade do dispositivo, afirma que tal desapropriação seria uma espécie de desapropriação por interesse social. Ocorre que a Constituição Federal, bem como a lei que regulamentou a matéria, é clara ao afirmar que a desapropriação é de competência do Executivo Federal e Municipal; no primeiro caso, quando o interesse social se referir ao imóvel rural, e, no segundo, ao imóvel urbano.[127]

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin[128] pactuam do mesmo entendimento,

> pois do ponto de vista técnico, o instituto criado pelos §§ 4º e 5º não constituem modalidade de usucapião – devido à expressa previsão de indenização em favor do

[127]"Segundo o Decreto-Lei nº 3.365/41, podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (art. 2º). Quanto à desapropriação por interesse social, há que se distinguir três hipóteses: 1) a prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição, regulada pela Lei nº 4.132/62 , é de competência das mesmas pessoas jurídicas aludidas (art. 5º da lei); 2) a que tem fundamento no artigo 182, § 4º, da Constituição, regulamentada pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), é de competência exclusiva do Município; 3) a que tem fundamento no artigo 184, referente à desapropriação para reforma agrária, disciplinada no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504. de 30-11-64) e pela lei complementar nº 76, de 6-7-93, é de competência exclusiva da União". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 156).

[128]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 504.

> proprietário prejudicado e, nem modalidade de desapropriação – especialmente, porque esta constitui ato privativo da administração pública.

Já Teori Albino Zavascki afirma que, se fosse para atrelar o artigo 1228,§4º do Código Civil a algum instituto previamente estabelecido, não seria a desapropriação, mas a usucapião, apesar da previsão do pagamento de uma indenização ao proprietário desidioso.

Logo, em razão desse conflito, sustenta esse autor[129] que, na verdade, o instituto possibilita uma alternativa ao juiz: converter a prestação específica de restituir em indenização em dinheiro ao titular do direito subjetivo de propriedade.

> No caso da denominada "desapropriação judicial", ora em comento, a situação fática valorizada no Código é também a "incorporação" do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1254, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, "se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo". Como se vê é situação assemelhada à do §4º em comento: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro.

Contudo, tal posicionamento, não resolve a questão da natureza jurídica, pois se poderia pensar que seria então uma espécie de compra e venda. Na verdade, tal solução descreve um procedimento que deverá ser tomado pelo magistrado.

Note-se ainda que o magistrado não dispõe de toda essa liberdade que se quer fazer crer, ou seja, não deverá o juiz julgar pela restituição do bem quando os possuidores preencherem todos os requisitos do parágrafo quarto.

Ora, se os possuidores recorreram, em defesa, ao dispositivo em questão e preencheram todos os requisitos previstos na lei, não há alternatividade, mas um direito adquirido.

Ademais, diante do mencionado princípio da inércia, o magistrado somente age quando provocado para tanto; logo não haverá, também por esse prisma, a alternatividade defendida pelo ilustre Ministro.

Uma quarta corrente defendida por Marco Aurélio Bezerra de Melo[130] entende que se trata, na verdade, de uma expropriação social, uma vez que se prevê uma justa indenização em dinheiro a ser paga ao proprietário.

---

[129]ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p.13.
[130]MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p.94.

Todavia, essa corrente tem como sinônimas as expressões expropriação e desapropriação, ao afirmar ser a desapropriação uma expropriação forçada de um bem pelo Poder Público.

Ocorre que autores de direito administrativo, como Maria Sylvia Zanella di Pietro,[131] entendem que a expropriação de um bem somente ocorre nos moldes do artigo 243[132] da CRFB, sendo, portanto, diferente das tradicionais formas de desapropriação, uma vez que não gera direito a indenização.

Uma quinta corrente entende que o instituto é uma exceção à reivindicação arguida em defesa na demanda, e que, caso reconhecida, inviabiliza a retomada do imóvel. Nessa corrente, estão Lafayette Rodrigues, Maurício Motta, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin.

Tal posicionamento parte do pressuposto de que a propriedade desvinculada da sua função social é uma propriedade apenas formal, ou seja, esvaziada, pois desprovida de qualquer destinação socioeconômica, que se mantém atrelada ao proprietário apenas em razão do direito subjetivo manifestado no título jurídico de propriedade.

Segundo os autores, essa propriedade não recebe proteção do ordenamento jurídico, ainda mais quando a posse do bem se encontra nas mãos daqueles que dela se utilizam por meio do trabalho ou da moradia.

Esse modo de entender a posse, conforme já demonstrado, encontra subsídio na sua função social, que defende a autonomia da posse funcionalizada perante o direito de propriedade, que assim deve manter-se enquanto o possuidor conceder ao bem uma destinação socioeconômica.

Com efeito, a defesa da posse sustentada por essa doutrina,[133] segundo os autores mencionados, pode ser transportada para o artigo 1228§ 4º do Código Civil e considerá-lo como uma exceção de não funcionalização social do domínio e temporalidade. O parágrafo

---

[131]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.148.

[132] Art. 243. "As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias."

[133] Essa solução não é absurda e foi implicitamente adotada pelo novo Código Civil, quando neutralizou, diante de uma posse qualificada, a ação reivindicatória do titular do domínio, nas hipóteses em que, diante do caso concreto, verifique o juiz que a posse funcionalizada pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevantes está sendo exercida de boa-fé por um considerável número de pessoas, em extensa área de terras, por mais de cinco anos (§4º do art. 1228 do CC.). (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p 424).

quarto é bem claro ao dispor que o proprietário ficará privado de reivindicar a coisa se os possuidores realizarem no imóvel obras e serviços de caráter social e econômico relevante.

No caso, a exceção que se defende é de natureza material e ocorre quando se possibilita ao titular de um direito subjetivo excepcioná-lo perante outro direito defendido, de modo a encobri-lo, atingindo a sua eficácia, mas não a sua existência, ou seja, tal direito encoberto passa a ter uma função inibitória, pois funciona como uma forma de compelir o possuidor que teve seu *status quo* preservado de sempre atuar segundo a função social da posse.[134] Informa Marcos Alcino de Azevedo Torres que:

> A perda da tutela constitucional da propriedade pelo descumprimento da função social gera a perda ou pelo menos o amortecimento do direito de reivindicar, interferência que por si só protege o titular de posse funcionalizada, se e até, quando assim mantiver a sua posse, ainda que o tempo de posse permita no futuro sua transformação em propriedade pela usucapião. O direito do proprietário está paralisado e com isso terá o possuidor efetiva tutela do ordenamento. [135]

Portanto, apesar de o direito de propriedade ter como um dos seus atributos a perpetuidade, isto não significa que tal atributo seja desvinculado de outras responsabilidades. Dessa forma, enquanto o proprietário estiver no exercício da coisa respeitando sua função social, garantido está o direito subjetivo de propriedade.

Ainda com fulcro em Pontes de Miranda, ensina Marcos Alcino[136] que

> podemos considerar a posse funcionalizada como uma exceção de direito material que efetua o encobrimento do direito de propriedade sem aniquilá-lo.
> À exceção de direito material contrapõe-se a eficácia do direito, da pretensão, ou da ação e até mesmo de outra exceção, tendo natureza de contra-direito, que apenas encobre o outro ou encobre a pretensão ou a ação a que se opõe, é vista como efeito negativo, é direito à recusa da prestação.
> A exceção supõe que o direito, a pretensão, a ação, contra que se opõe já haja nascido e subsista, o que no fenômeno possessório quando a posse se materializa contra a vontade do titular do direito, nascendo a partir deste momento a possibilidade de agir por conta própria ou pela via judicial. (...)
> A eficácia de encobrimento decorrente da exceção, segundo o mesmo autor, não elimina no todo, nem em parte, o direito a pretensão ou ação. Só lhes atinge a eficácia , para encobrir até onde "vá o direito, pretensão, ou ação de que emana." Não torna teoricamente ineficaz o direito, a pretensão ou ação contra que se dirige, apenas os torna praticamente ineficazes, porque, encoberta, a sua eficácia não pode contra-ocorrer, temporal ou definitivamente. Essa noção técnica de encobrimento

---

[134] Como explica Pontes de Miranda , a exceção não é o direito de exceção, como a pretensão e a ação não são o direito a que se ligam. Excepcionar é exercer direito de exceção. Há direitos cuja eficácia se estende para além dos limites estabelecidos pelo alcance da eficácia de outro direito. A exceção é a possibilidade jurídica de prevalecimento da eficácia de algum direito sobre a de outro, "encobrindo-a". A exceção somente nasce depois de ter nascido o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, a que se opõe. Porque ela supõe uma eficácia que recubra toda ou parte de outra eficácia. Não se pode pensar em recobrimento de eficácia de uma norma que ainda não projetou seus efeitos sobre a realidade. Portanto, pode já ter nascido o direito, ou a pretensão, ou a ação, a que se oporia, e a eficácia dela estar elidida, ou ainda em suspenso. Do lado do eventual excipiente, há eficácia, porém falta, de outro lado, eficácia, que ela recubra. (MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p.46).

[135] TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 400.

[136] Ibidem, p. 422-423.

> evita a negação do direito, da pretensão, da ação ou da exceção e da própria eficácia do direito. A exceção apenas encobre a eficácia do direito a que se contrapõe. [137]

Luigi Bonizzato[138] sustenta que, pela leitura atual do direito brasileiro, não é mais possível ao proprietário deixar a propriedade sem utilização; pelo contrário, a legislação fomenta o uso adequado e vinculado aos fins econômicos e sociais, bem como atrela o não uso ao uso inadequado, repreendendo também essa conduta. Para o mencionado autor, o atributo da propriedade encontra-se "superado e não mais indissociável do domínio imóvel urbano."

Frisa-se que, caso o possuidor conceda destinação à coisa diversa dos princípios que lhe deram proteção, ou simplesmente cesse os atos de posse, abre-se a possibilidade para o proprietário reivindicar a coisa e reintegrá-la em seu patrimônio.

Todavia, apesar do brilhantismo da corrente em questão, ela não define os motivos que geram a indenização prevista no § 5º do artigo em estudo e não trabalha com os parágrafos em conjunto – o que define a natureza jurídica autônoma do instituto.

A exceção de não funcionalização social do domínio e temporalidade possui a virtude de manter o *status quo* do possuidor diante do questionamento reivindicatório, contudo tal manutenção não é capaz de gerar o direito a indenização, o que somente se torna possível quando o possuidor pretende adquirir o direito de propriedade.

Assim sendo, essa corrente, com a devida vênia, funciona melhor quando o possuidor não dispõe de recurso para adimplir com a indenização ou quando não conta com prazo suficiente para usucapir o imóvel, pois, tanto em um quanto em outro caso, o *status quo* será mantido em razão do uso da coisa com base na função social.

Por fim, uma última corrente defendida por Pablo Rentería defende que o instituto em questão poderia ser visto como uma acessão invertida social.

Afirma o mencionado autor que a hipótese do §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil guarda estreita relação com a acessão invertida do art. 1225, pois permite àquele que, de boa-fé, plantou ou edificou em terreno alheio adquira a propriedade do solo mediante indenização. Contudo, frisa o próprio autor que o 1225 não condiciona a plantação ou edificação a um viés social, conforme proposto no §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil. [139] Ademais, o artigo 1225 do Código Civil não condiciona a aquisição do direito subjetivo de propriedade a lapso

---

[137]TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 422-423.
[138]BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 118.
[139] RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34. Rio de Janeiro, Padma, abril/junho de 2008.

temporal e muito menos a um considerável número de pessoas. Outro traço que distingue a acessão inversa do §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil está no fato de que, para se tornar proprietário por esse dispositivo, é necessário que a construção ou plantação exceda consideravelmente o valor do terreno, o que não se vislumbra no §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil.

Por fim, apesar de tanto a acessão inversa como o disposto no §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil fazerem referência à boa-fé do possuidor, estas não se confundem. Na acessão inversa, o possuidor acredita estar construindo ou plantando em solo próprio, ou seja, tem a crença de que não lesa direito alheio, trata-se da boa-fé subjetiva. Já a boa-fé prevista no § 4º do art. 1228 do Código Civil, conforme será melhor desenvolvido linhas à frente, deve ser interpretada como sendo uma posse justa, uma vez que têm os possuidores a plena convicção de que tal terreno ocupado não lhes pertence por direito, ou seja, não se trata de boa-fé subjetiva, pois, se assim o fosse, o instituto previsto no §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil restaria por completo esvaziado.

Na verdade, o disposto no artigo 1255 deve servir de norte para os operadores do direito conduzir o trâmite processual, uma vez que não há na legislação qualquer procedimento especial para o disposto §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil.

Em verdade, todas as posições aqui apresentadas possuem suas virtudes e falhas, assim, por se estar no campo da natureza jurídica, no qual se pretende caracterizar e pontuar determinado instituto dentro do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o instituto em questão nada mais é do que um modo de aquisição originário da posse. Ao ser paga uma determinada indenização ao proprietário, transforma-se a posse em propriedade.

Assim também pensam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin,[140] quando afirmam ser o dispositivo em questão "uma nova modalidade de aquisição originária da propriedade, por acessão social coletiva, ou acessão industrial imobiliária, na qual predomina valor econômico e social das construções sobre o imóvel."

Para José Carlos de Moreira Salles,[141] o instituto em questão não pode estar vinculado a uma forma de usucapião, pois, se assim o fosse, ele teria sido pelo legislador incluído no

---

[140]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 505.

[141]"Todavia, sem embargo do respeito que de nós merece essa opinião, ousamos defender ponto de vista contrário, por nos parecer que o instituto criado pelos parágrafos aludidos do art. 1228 da Lei Civil configura nova forma de aquisição da propriedade, que não se confunde com a usucapião. [...] Diante do exposto, entendemos que os §§ 4º. e 5º. do art. 1228 do Código Civil de 2002 consubstanciam *nova modalidade de perda*, por um lado, e de *aquisição* da propriedade, por outro, absolutamente distinta das demais formas de aquisição previstas na Lei Civil (arts. 1238 a 1259 e 1260 a 1274), inclusive, portanto, da usucapião." SALLES, José Carlos de Morais, op. cit., p. 468-469.

capítulo do código referente às modalidades desta. E ainda, não é da tradição do direito brasileiro prever indenização para a perda da propriedade por usucapião.

Note-se que, conforme já informado, trata-se de um novel instituto com regramento próprio. Assim, não se deve prender a modelos jurídicos já existentes para classificá-lo, mas considerá-lo como uma nova forma de aquisição da posse e, consequentemente, da propriedade, que encontra seu fundamento de validade constitucional na função social.

Percebe-se, então, que a grande problemática da definição do instituto está na previsão da indenização ao proprietário, que, frisa-se, não deve ser jamais afastada pela doutrina, uma vez que tal verba indenizatória é o alicerce de constitucionalidade do parágrafo quarto do artigo 1228 do Código Civil, pois é pelo pagamento da indenização que se pretende adquirir a propriedade e manter preservados os direitos fundamentais das partes em conflito.

Diante de toda a problemática conceitual e jurídica descrita, sugere-se nesta dissertação a natureza jurídica do referido instituto como sendo uma aquisição social, onerosa e privada da propriedade.

É uma aquisição, pelo fato de o ato partir da vontade manifesta expressamente pelos ocupantes em defesa na demanda reivindicatória proposta pelo proprietário e que querem consequentemente a regularização da propriedade ocupada, pois, se assim não o fosse, arguiriam a usucapião urbana coletiva.

A vontade não se limita a um ato dos ocupantes, pode-se ainda ser vislumbrada de forma implícita por parte do próprio proprietário. Primeiro, quando deixa um bem de sua titularidade ser ocupado por terceiros, e, segundo, quando pretende, após um longo período de tempo, reivindicá-lo. Ao assim agir, o proprietário deixa clara a sua intenção de ter de volta o bem, ou receber uma indenização (que deve ser entendida como preço), pois, no seu íntimo, sabe que pelo prazo já ultrapassado os ocupantes vão requerer a área, seja a partir do artigo em estudo ou da usucapião.

A partir desse entendimento, não se defende essa aquisição como originária, pois a indenização funciona como um pagamento.

Entende-se que a participação do Poder Judiciário é de suma importância para esse encontro de vontades. Primeiro, porque não cabe o desforço imediato por parte do proprietário, e mesmo que coubesse, seria difícil de exercê-lo, pois, do outro lado da situação, está um “considerado número de pessoas”; e mais, ao deixar ao arbítrio das partes, seria difícil se chegar a um denominador comum quanto aos valores indenizatórios.

Dessa forma, o titular do direito de propriedade provoca o Judiciário, e, dependendo da situação dos ocupantes, sabe-se que em defesa pode vir formulado um pedido com fulcro

no artigo 1228,§ 4º do Código Civil e que, com o preenchimento dos requisitos por parte dos ocupantes, a demanda vai se encaminhar para a discussão quanto aos valores indenizatórios que atendam aos interesses de ambas as partes.

Ademais, a onerosidade da aquisição decorre do fato, conforme já analisado, do respeito e ponderação aos princípios constitucionais, que protegem as partes envolvidas no conflito. Então, por uma questão de justiça, a indenização se faz presente para sopesar a perda da propriedade por parte do titular do bem em questão.

Por fim, visível é o caráter social do instituto, uma vez que a aquisição é motivada e tutelada pela função social da propriedade e da posse e ainda pelos direitos sociais previstos na Constituição Federal, como posse-moradia e posse-trabalho e posse-necessidade.

2.3 **Os requisitos do artigo 1228, § 4º do Código Civil**

Para aqueles que se encontram em um bem imóvel sem qualquer relação jurídica, seja ela de direito real ou pessoal, com o titular do direito subjetivo de propriedade, para na coisa permanecerem, necessitam evidentemente da proteção legislativa.

O Código Civil, apesar de manter o seu viés patrimonialista,[142] segundo alguns autores, muito já avançou na questão possessória, conforme se pode verificar por meio da redução dos prazos da usucapião, da vedação de se arguir em defesa em uma demanda possessória o domínio sobre a coisa,[143] ou ainda, da possibilidade de o município arrecadar imóveis abandonados pelos proprietários e, após três anos, dar destinação social aos mesmos.[144]

---

[142] Não foi sem razão que, antes da aprovação do novo Código, Tepedino afirmou que, a despeito do "indiscutível brilho e extraordinário talento da comissão de juristas que o elaborou", tal aprovação representaria um impressionante retrocesso político, social e jurídico. No aspecto social, ignorou que, a partir da Constituição de 1988, as relações patrimoniais foram funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais e consagrados pelo texto constitucional, não dando ouvidos ao movimento de despatrimonialização do direito privado, o que permitiria bem demarcar a diferença entre o sistema atual em relação ao sistema de 1916, patrimonialista e individualista. Noutra passagem, o mesmo autor assinalava que o novo Código Civil era retrógrado porque nasceria velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial que protegem a personalidade mais que propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais que os patrimoniais." TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 358-359.

[143]Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. (...) § 2o Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

[144]Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

A própria Lei 11.977/09 que reconhece a legitimação da posse após o cumprimento de outros requisitos, ou seja, a sua conversão em propriedade,[145] é também um instituto que defende a posse autônoma funcionalizada.

E como não poderia deixar de ser, o objeto do presente estudo é outro instituto que atua nessa proteção a partir do preenchimento de determinados requisitos previsto na lei e que serão objeto de exame nesse momento.

Para que os possuidores possam se valer dos ditames do artigo 1228, §4º do Código Civil, é necessário estar na posse ininterrupta de extensa área por mais de cinco anos e, durante esse período, o considerável número de ocupantes imbuídos de boa-fé ter realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços de relevante interesse social e econômico.

2.3.1 Requisitos de defesa da posse (art. 1228, §4º)

Diante dos requisitos previstos em lei, pode-se afirmar que o único de caráter inflexível é o prazo de cinco anos e que deve ser contado a partir da conclusão das obras ou serviços de relevante interesse social e econômico, pois, somente após esse exercício, poder-se-á vislumbrar a existência da posse-trabalho ou da posse-moradia.

A posse exercida pelos ocupantes deve ser ainda ininterrupta, ou seja, mansa, pacífica e contínua. A passividade da posse não decorre de um estado fático de tranquilidade, ou seja, o simples ato de o possuidor cuidar do imóvel sem ser fisicamente molestado não informa que a posse seja pacífica. A posse, para ser assim considerada, deve ser aquela que não sofre oposição por parte do titular registral por meio do Poder Judiciário.

Caso o proprietário da coisa ingresse com uma demanda reivindicatória em face dos possuidores, o prazo para aquisição do bem imóvel, seja pela usucapião ou pelo artigo em

---

[145]Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 e submeter o parcelamento dele decorrente a registro. § 1º Após o registro do parcelamento de que trata o caput, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados. (...)Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

exame, será interrompido, na forma do artigo 1244[146] do Código Civil combinado com o artigo 202[147] do mesmo diploma legal.

É certo que a aquisição social onerosa também se adquire através do tempo. Assim sendo, nada mais justo do que, por analogia, serem aplicadas a tal instituto as causas que obstam, suspendem e impedem a prescrição, assim como é feito para as modalidades de usucapião.

Quanto a essa questão, principalmente no que tange à interrupção do prazo, verifica-se, na doutrina, certa controvérsia, uma vez que, para Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves,[148] nem todas as possibilidades previstas no artigo 202 do Código Civil estarão aptas a interromper o prazo aquisitivo, porque a usucapião é um relevante modelo de tutela da função social, bem como do direito fundamental de moradia. Portanto a interrupção, segundo os referidos autores, somente será legítima, se for exercida conforme o devido processo legal e se forem conferidos aos possuidores a ampla defesa e o contraditório. Assim sendo, não há que se falar em interrupção quando a oposição do proprietário for exercida de maneira extrajudicial.

Em sentido contrário, ensina Marco Aurélio Bezerra de Melo[149] que basta o proprietário demonstrar para o usucapiente que não aceita aquela ocupação, o que pode acontecer por um dos mecanismos previstos no artigo 202 do Código Civil, para gerar a interrupção. Da mesma forma, pensam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin,[150] quando afirmam que "se o proprietário promove medidas a fim de interromper a continuidade da posse, impede a consumação do prazo prescricional."

Agora, por exemplo, no caso de uma demanda judicial, a interrupção somente deverá ser considerada legítima se o pedido reivindicatório for julgado procedente, pois somente nesse caso pode-se aferir a legitimidade e o direito de quem propôs a demanda, sob pena de se cometer uma injustiça infundada em face daquele que pretende usucapir.

---

[146]Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

[147]Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

[148]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de, op. cit., p 276.

[149]MELO, Marco Aurélio Bezerra de, op. cit., p.108.

[150]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 522.

A controvérsia ocorre ainda na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois entendeu a Terceira Turma do STJ no Recurso Especial nº 54.788, citado no informativo de Jurisprudência nº 298, que, mesmo a demanda julgada improcedente, interrompe o prazo para contagem do prazo para usucapião.

> Direito Processual Civil. Efeitos da citação válida. Código de Processo Civil, art. 219. Ação proposta, mas pedido julgado improcedente. Inequívoco exercício do direito. Inércia descaracterizada. Prazo prescricional interrompido.I. Para o art. 219 do Código de Processo Civil, "a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição". Quanto à interrupção da prescrição, a lei não distingue entre pedido julgado procedente e aquele declarado improcedente. Evidenciado o inequívoco exercício do direito e a boa-fé do autor, ainda que com a propositura de ação incabível, interrompe-se o prazo prescricional.
> II. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

Nesse mesmo julgado, o Ministro Cesar Asfor, que foi vencido, posicionou-se favorável à não interrupção do prazo quando a demanda fosse julgada improcedente. Entendeu o Ministro que somente se deveria manter a interrupção quando a demanda fosse extinta sem resolução do mérito, uma vez que, conforme já acima salientado, não se tem como apurar a legitimidade daquele que propôs a demanda, como, por exemplo, a distribuição do feito para um juiz incompetente.

> Sob tal contexto, a citação promovida na ação de reintegração de posse, cujo pedido, como visto, foi julgado improcedente, não tem o condão de interromper o prazo para a prescrição aquisitiva, consoante o que foi por mim manifestado no REsp n. 54.788/SP, acima transcrito. Tal fato ensejaria o conhecimento e acolhimento dos presentes embargos pela divergência com o REsp n. 84.760/SP, no qual a eg. Terceira Turma decidiu que "com a improcedência da demanda ineficaz é a interrupção do prazo prescritivo levada a efeito pela citação".

Note-se que, apesar de ser uma decisão proferida pela Segunda Seção em Embargos de Divergência transitado em julgado (o que pode demonstrar certa pacificação de entendimento), recentemente ocorreu uma mudança de pensamento provocada pelo Ministro Luiz Felipe Salomão, Relator do REsp. nº 1.088.082, julgado em 15/10/2010 pela Quarta Turma, que assim dispôs:

> DIREITOS REAIS. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DOART. 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029. RECURSO ESPECIALCONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.1. Ao usucapião extraordinário qualificado pela "posse-trabalho", previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza. 2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses *ad usucapionem* já iniciadas, "qualquer que seja o tempo

> transcorrido" na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002. 3. A citação realizada em ação possessória, extinta sem resolução de mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes. 4. É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela *causa petendi* narrada, é reforçado por fatos supervenientes. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

Por esse julgado verifica-se que se a extinção sem resolução do mérito não tem o condão de interromper a prescrição aquisitiva, logo se pode concluir que, apesar de não consignado no acórdão, a improcedência do pedido deve seguir a mesma linha.

Nesse sentido está o pensamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,[151] ao afirmarem que a pacificidade da posse apenas cessa no instante em que há oposição judicial por parte de quem pretende retomá-la, condicionada a interrupção ao reconhecimento da procedência da sentença transitada em julgado na ação possessória ou petitória na qual o usucapiente figurou com réu.

Gustavo Tepedino[152] afirma "para que a posse se configure mansa e pacífica, não pode ter sido objeto de contestação levada a cabo pelo proprietário contra o qual pretende usucapir, desde que este seja titular do interesse juridicamente tutelado e desde que não seja vencido na ação possessória."

A posse exercida pelos ocupantes deve ainda ser contínua, ou seja, não sofrer solução de continuidade no seu exercício. A posse será descontínua quando os possuidores abandonarem o poder de ingerência de que dispõem sobre a coisa por um período relevante, do qual se possa deduzir a intenção do abandono. Nessa hipótese, somente o caso concreto e os meios de prova aduzidos pelos interessados serão capazes de determinar se houve abandono ou não da coisa.

Note-se ainda que, por ser uma posse qualificada pelo trabalho ou moradia, a pessoalidade, assim como acontece com a usucapião especial urbana, será requisito essencial para o preenchimento da posse contínua.

Dessa forma, não podem os possuidores durante o cômputo do prazo ceder ou alugar o local para que terceiros o explorem, pois, se assim agirem, serão violados os preceitos constitucionais que sustentam o artigo 1228, §4º, do Código Civil e, diante dessa situação,

---

[151]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de, op. cit., p. 288.
[152] TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. XIV, p. 313-314.

somente será possível a defesa da posse por meio da usucapião extraordinária e desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

Ademais, diante da necessidade do requisito da pessoalidade, não parece possível aos ocupantes valerem-se do instituto da soma de posses:[153] a posse exercida pelo novo possuidor não poderá ser somada à do antigo para comprovar o prazo de cinco anos previsto na lei.

A soma de posses vem expressamente prevista para a usucapião no artigo 1243 do Código Civil.[154] Contudo entende a doutrina que essa soma somente se vislumbra para os casos de usucapião extraordinária ou ordinária:

> O art. 1243 do Código Civil Brasileiro permite para os efeitos da usucapião que o possuidor some a sua posse à dos seus antecessores. No caso vertente, esta soma de posses somente poderá se dar por meio da sucessão a título universal. Com efeito, estabelece o art. 9º, §3º, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) que o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessora, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Assim, no usucapião *pro moradia* individual não tem cabida a união de posses por ato *inter vivos* e nem *mortis causa* se em sucessão testamentária.[155]

Portanto, o mesmo raciocínio, pode ser defendido para a aquisição social e onerosa da propriedade que requer a posse-trabalho e posse-moradia exercida por cinco anos pelos ocupantes.

Note-se que o parágrafo é bem claro ao afirmar que o proprietário será privado da coisa quando houver considerável número de pessoas, que tenham realizado na coisa obras e serviços de interesse social e econômico relevante.

Dessa forma, e por analogia, somente nos casos de sucessão *causa mortis*, pode-se defender a soma de posses e desde que o herdeiro tenha residido ou trabalhado com o *de cujus*, no imóvel funcionalizado.

A título de informação, cumpre dizer que, no que tange à soma de posse para as modalidades constitucionais de usucapião, existe corrente em sentido contrário,[156] que

---

[153]Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

[154]Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

[155] MELO, Marco Aurélio Bezerra de, op. cit., p. 123.

[156]"Diante da redação do dispositivo, expressa em permitir a acessão da posse, independentemente da modalidade da usucapião, não colhe mais o entendimento doutrinário avesso à acessão da posse nas hipóteses da usucapião especial (v. nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil*, pág. 240; Benedito Silvério Ribeiro, *Tratado*, p. 1066). Resguardado o caráter da posse e respeitada a função social da propriedade, nada justifica tal restrição (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, p. 131; Sílvio de Salvo Venosa, *Código Civil*, pág. 250.") (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 534).

defende a possibilidade da soma de posses com base na literalidade do artigo 1243 do Código Civil e com fulcro no artigo 1203 do mesmo diploma legal.

Sustenta essa corrente que, quando o artigo em comento afirma que o possuidor pode, para contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, a soma de posses abrange todas as modalidades de usucapião previstas no Código Civil, uma vez que estão todas posicionadas nos artigos antecedentes ao art. 1243 do CC.

De qualquer forma, no caso da aquisição social onerosa, a lei requer um considerável número de pessoas, e a substituição de um ou dois possuidores não será capaz de impedir o cômputo do prazo. Assim como ocorre para a usucapião especial coletiva, esse prazo é contado a partir do momento em que se podem enxergar as pessoas como um todo.

> Assim, ainda que a ação seja coletiva no sentido de pluralidade de sujeitos no polo ativo, pois serão autores legítimos para a demanda aqueles que estejam na posse da área ao tempo do ajuizamento da demanda, não se poderá tratar o caso como se estivesse diante de uma simples demanda de interesses individuais trazidos conjuntamente para a apreciação do juiz, mas como envolve um objeto coletivo, qual seja, a ocupação de uma área por uma coletividade que, enquanto tal, perpetua-se durante pelo menos cinco anos, sem oposição e de forma ininterrupta, ainda que haja alteração de seus componentes no curso do prazo.[157]

Para concluir o requisito da posse ininterrupta, é preciso deixar claro que a posse, frisa-se, é exercida por um conjunto de pessoas e é por elas que se verifica a posse-trabalho. Dessa forma, caso um dos prestadores de serviço trabalhe distante da localidade em que é exercida a posse física, ele não estará excluído da possibilidade de se tornar proprietário da coisa. O que se deve verificar é o contexto do serviço, ainda mais quando se está diante tão somente da posse-trabalho.

Assim sendo, imaginem-se cinquenta pessoas que resolvem ocupar um determinado local, em tese abandonado, e ali construir uma marcenaria. Pela divisão de tarefas, alguns produzem os móveis, outros captam matéria-prima e o restante vende os produtos de porta em porta na vizinhança. Neste contexto, as duas últimas funções não são exercidas no local onde se encontra a marcenaria. Contudo, mesmo nunca lá tendo posto os pés, mas por estarem inserido no contexto do trabalho e dependerem diretamente do serviço para manter a sua subsistência, vão também se tornar proprietário da coisa.

Diferentemente, será a situação daqueles que recebem salário por parte dos ocupantes trabalhadores. Nesse caso, não se vislumbra a retirada da remuneração da posse-trabalho, mas

---

[157]FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p 146.

do serviço prestado e originado pelos ocupantes. Nessa relação, há subordinação e não cooperação.

Portanto, será o caso concreto e o conjunto probatório que atestarão se determinada pessoa faz jus à propriedade da coisa ou não, e essa definição fica clara quando a remuneração é rateada entre os possuidores e não simplesmente entregue em razão da relação de trabalho.

O segundo requisito previsto no artigo 1228, §§ 4º, 5º do Código Civil, é que a ocupação deva ocorrer em extensa área. Tal requisito é um conceito jurídico indeterminado. Teori Albino Zavascki,[158] sobre inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico, alerta que

> o instituto desafiará a argúcia da doutrina e sobretudo, dos juízes. Fundado em diversos conceitos abertos ("extensa área", "considerável número de pessoas", "obras e serviços de interesse econômico e social relevante", "justa indenização"), haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto

José Carlos de Moraes Salles[159] critica a adoção dos (por ele chamados) conceitos vagos, pois deixá-los a mero critério interpretativo do magistrado é facilitar resultados contrários ao verdadeiro espírito da lei e violar a segurança jurídica.

> Cumpre-nos dizer, ainda, que essa nova modalidade de aquisição da propriedade trará, com certeza, grandes dificuldades no tocante à sua aplicação, pois o §4º do art. 1228 está repleto de “conceitos vagos”, tais como “extensa área”, “considerável número de pessoas” e “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” [...] Entendemos, portanto, que o “novidadismo” demonstrado pelo legislador do atual Código Civil seria menos pernicioso se, ao menos, tivesse ele fixado em números reais a “extensa área”, o “considerável número de pessoas” e as “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, para que não ficasse tudo submetido à atividade interpretativa do juiz.

Contudo, por meio de tais conceitos, o magistrado adquire maior liberdade de julgamento e se desvincula do positivismo detalhista, que é, em certas situações, injusto. Algumas situações semelhantes àquelas protegidas pelo ordenamento jurídico poderiam ficar desguarnecidas caso existisse um sistema inflexível – basta imaginar uma limitação quanto à metragem, como ocorre na usucapião constitucional. Verifica-se, então, que, para a inflexibilidade, a usucapião encontra a solução nas modalidades extraordinária e ordinária com prazos mais longos para garantir o direito de acesso à propriedade, o mesmo não podendo ser dito para a aquisição social e onerosa, já que não se trata de usucapião.

---

[158]ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 50-61.
[159]SALLES, José Carlos de Moraes, op. cit., p. 470.

Sobre a necessidade dos conceitos jurídicos indeterminados para uma vida em sociedade sempre dinâmica, afirma Marcelo Milagres:[160]

> O direito é expressão inseparável da vida, que se manifesta por valores, usos e costumes, práticas sociais que se modificam, alteram e se imbricam segundo legítimas expectativas e necessidades da pessoa humana. Inadmissível dissociação entre o ser e o dever ser. O direito é, originariamente, analógico, ser e dever não são idênticos, nem diferentes, mas análogos, correspondentes. O direito vive e cresce em razão dessa polaridade e complementariedade entre a situação da vida e o pressuposto normativo.

É claro que a liberdade conferida ao magistrado não é irrestrita, pois as decisões judiciais devem ser fundamentadas, e o julgador, para tanto, dever-se-á valer dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da equidade e da boa-fé objetiva para se chegar a uma decisão justa e razoável para o caso concreto em análise.

Segundo Pietro Perlingieri,[161] além da técnica de legislar "com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato."

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald[162] sustentam que

> uma excelente maneira de delinear as cláusulas gerais é exatamente imaginá-las como uma técnica de legislar oposta à casuística, que se configurava pela regulação típicas de matérias, mediante delimitação por *fattispecie*, aplicando-se a norma, através do processo conhecido como subsunção, e evitando-se a amplitude das generalizações.

Com efeito, caberá ao magistrado, diante do caso concreto, estabelecer se a área ocupada pelos posseiros pode ou não ser considerada extensa. Independente dessa liberdade – que conta com a sensatez e a razoabilidade, embora elas não a tornem absoluta –, alguns critérios podem ser estabelecidos para a verificação, como, por exemplo, estar a área situada em perímetro urbano ou rural.

Note-se que os espaços disponíveis nas áreas urbanas são menores que aqueles existentes em área rural; consequentemente, o tamanho da extensa área urbana deverá ser analisado em proporções menores do que aqueles da área rural.

Outro critério que o magistrado poderá se valer, a titulo de sugestão, é conjugar o disposto no artigo 2º, IV da Lei 4.132/62, com os artigos 183 e 191 da Constituição Federal.

---

[160] MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia.* São Paulo: Atlas. 2011, p. 177.
[161]PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 27.
[162]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de, op. cit., p.130.

Note-se que a lei de desapropriação por interesse social estabelece como requisito para a perda da propriedade a existência, no imóvel, de núcleos residenciais formados por mais de dez famílias e que ali tenham construído sua habitação.

Assim sendo, se a metragem máxima para a usucapião, com base na posse-moradia, é de 250 m^2, segundo o artigo 183 da Constituição Federal, basta multiplicar essa metragem por dez para se chegar a um critério de extensa área; o mesmo podendo ser dito para a propriedade rural, contudo o cálculo seria sobre 50 hectares, que é o máximo de área permitida para a usucapião rural prevista no artigo 191 também da Magna Carta.

Como dito, os cálculos acima são meras sugestões, ou seja, nada impede o magistrado de se valer das peculiaridades e dos costumes de sua comarca para estabelecer se a área ocupada é extensa ou não.

Quanto ao requisito seguinte, que diz respeito ao considerável número de pessoas, sua definição também ficará a cargo do magistrado, uma vez que também se trata de uma cláusula aberta. Nesse caso, a proporcionalidade como critério de julgamento deve considerar o número de pessoas da comarca ou do município para se chegar ao "considerável número de pessoas".

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes,[163] quanto ao número razoável de pessoas, afirmam que o juiz deverá examinar a concentração populacional relativamente à região onde se insere a área em litígio. Segundo eles, a ausência de outro critério abre espaço para a utilização da regra estabelecida no art. 2º, IV, da Lei 4.132/1962, que trabalha com um núcleo residencial superior a dez famílias, conforme visto acima.

Como a lei dispõe sobre um considerável número de pessoas, surge a controvérsia a respeito da possibilidade de pessoas jurídicas se valerem do instituto em questão para obter o direito subjetivo de propriedade.

É sabido que, no que tange à usucapião, existe a possibilidade de aquisição do direito de propriedade por pessoas jurídicas, contudo tal possibilidade é rechaçada em relação à modalidade especial urbana ou rural, pois se requer a posse-moradia – o que não se vislumbra no caso das pessoas jurídicas. Dessa forma, somente seria viável a possibilidade aquisitiva da propriedade pela via extraordinária ou ordinária da usucapião.[164]

Note-se que, apesar da aquisição social e onerosa da propriedade não ser uma modalidade de usucapião, ou ainda não ter a moradia como requisito específico, não se

---

[163]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 503.
[164] SALLES, José Carlos de Moraes, op. cit., p. 334.

vislumbra a possibilidade de o instituto ser estendido às pessoas jurídicas, pois, conforme dispõe a lei, esta requer um “considerável número de pessoas”, o que seria inimaginável para pessoas jurídicas. O que se vislumbra é esse considerável número de pessoas ao desenvolver uma atividade no local instituir uma pessoa jurídica para melhor gerir o negócio e, posteriormente, esse bem adquirido na forma do artigo 1228, §4º e §5º integrar o patrimônio da empresa ou associação criada.

Importante ainda mencionar quanto a esse quesito que o artigo não faz qualquer menção à qualidade dos ocupantes, ou seja, tanto os de baixa renda como aqueles de poder aquisitivo elevado podem se valer do instituto para adquirir a propriedade.

É claro que a aquisição social e onerosa da propriedade busca tutelar aqueles mais necessitados, que precisam de um lugar para viver e trabalhar com dignidade, que lhes garanta o mínimo existencial. Não obstante, nada impede que pessoas com considerado poder aquisitivo possam se valer dessa modalidade de aquisição da propriedade, pois o que a lei exige é o exercício da propriedade com base na função social, pouco importando quem irá praticar esse exercício.

Contudo, o critério importante e delimitador, que será linhas à frente estudado, para deferir o direito às pessoas mais abastadas, será o da boa-fé no ato da ocupação, pois sobre o invólucro de uma posse-trabalho podem tais indivíduos estar, na realidade, imbuídos, por exemplo, de interesses meramente de especulação imobiliária.

Vejam também que o artigo requer uma extensa área, objeto de desejo de qualquer construtora, e que poderia livremente ser transmitido a partir do momento em que adquirissem os possuidores o direito de propriedade, sendo certo que uma das faculdades inerentes ao direito de propriedade é justamente dela poder dispor, conforme previsto no artigo 1228 do Código Civil. Dessa forma, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, verificar os interesses em disputa, até porque a lei não exige um tempo mínimo de posse por parte dos ocupantes, após o deferimento do direito.

Outrossim, não se quer afirmar que somente os abastados possam se valer desse expediente, mesmo porque a mente humana independe de classe social para a formação de valores éticos.

Quanto à caracterização da população de baixa renda, aduz Fernanda Lousada Cardoso que parte da doutrina se vale de critérios objetivos para definir o conceito de população de baixa renda. Para esses doutrinadores, tal população seria aquela que possui

ganho mensal não superior a três salários mínimos nacionais[165] – sem correlação com o critério contido na Lei 1.060/50 para instituir gratuidades.

Outros estudiosos sobre o tema defendem que basta a declaração por parte dessas pessoas no sentido de expor suas modestíssimas condições financeiras, o que se traduziria em uma presunção relativa a ser afastada por quem de interesse.

Já a referida autora,[166] quanto à usucapião urbana coletiva, que aqui pode se utilizar por analogia, acredita que a análise não deva partir do sujeito inserido naquele contexto, mas da coletividade como um todo, ou seja, o que deve ser apurado é a condição econômica do grupo e não do indivíduo, respeitando-se, assim, a natureza coletiva do instituto e por consequência, seus requisitos.

Por fim, cumpre aduzir que, se houver a transferência por meio de um título aquisitivo, como a compra e venda, por exemplo, e posteriormente ficar comprovado que tal título não possuía legitimidade para transferir a propriedade, pois eivado de vícios, poderá o proprietário reivindicar a coisa na forma do artigo 1247 do Código Civil. Contudo, caso preenchido os requisitos do artigo em comento, poderão os interessados arguir em defesa o novel instituto em provável demanda de desconstituição de registro combinada com reintegração de posse.

2.3.2 Interesse social e econômico relevante para obras e/ou serviços

O quarto requisito previsto no dispositivo legal requer que as obras e serviços sejam de relevante interesse social e econômico.

Aponta o requisito em questão, também, para os já exaustivamente mencionados conceitos jurídicos indeterminados, em que caberá ao magistrado interpretar, diante da situação que se apresenta, o que se entende por relevante interesse social e econômico.

Note-se que, apesar de Miguel Reale nos ter apresentado o artigo em questão como conceito de posse-trabalho,[167] conforme visto acima, o dispositivo pode ser ainda direcionado

---

[165]FRANCISCO, Caramuru Afonso, op. cit., p. 144.

[166]CARDOSO, Fernanda Lousada. Instrumentos de efetivação da função social da propriedade: o usucapião especial urbano. *Revista de Direito da Cidade/Pós-graduação da Faculdade de Direito.* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 01, Rio de Janeiro: Harbra, maio de 2006, p. 96.

[167] Trata-se, como nos ensina Miguel Reale, de uma inovação substancial do Código Civil, fundada na função social da propriedade, que dá especial proteção à *posse-trabalho*, isto é, à posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos de uma extensa área (metragem a ser analisada conforme as peculiaridades locais e regionais), traduzida em trabalho criador, feito conjunta ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço

para a posse-moradia, uma vez que não há uma restrição peremptória nesse sentido, ainda mais se formos buscar o seu pilar de sustentação na função social da propriedade.[168]

Dessa forma, é possível vislumbrar um conjunto de pessoas que realizaram apenas obras no local, objeto de propriedade alheia, sem que, para tanto, prestem algum serviço, e, mesmo assim, tenham acesso ao direito de propriedade com fulcro no artigo 1228, §4º e §5º do Código Civil.

Com efeito, ao exercer aquela posse direcionada não apenas para um interesse individual, mas também para um interesse coletivo (que, no caso, é a destinação socioeconômica de um terreno inutilizado), cumprem com a função social do direito de propriedade estabelecido pela CRFB, e, portanto, tornam-se titulares daquele espaço físico.

O mesmo pode ser dito daqueles que, ao ocuparem a coisa, já encontram acessões artificiais no local e realizam apenas serviços de interesse social e econômico relevante. Não seria crível exigir que esse cidadão demolisse as construções já existentes para realizar obras e assim preencher de forma concomitante os requisitos específicos do artigo em estudo.

Ou ainda, seria possível imaginar as pessoas morando e prestando serviço no local por meio de um pequeno comércio que também atenderiam ao disposto na lei, pois, repita-se, todas essas atividades são corolário da função social da propriedade prevista constitucionalmente e disposta no §4º, do artigo 1228 do Código Civil.

Assim sendo, apesar de o conectivo "e" previsto na redação do artigo sugerir uma complementaridade, entende-se, na verdade, que as obras e serviços são conceitos apartados, o que possibilita uma amplitude de aplicações da aquisição social onerosa da propriedade privada e uma maior defesa dos valores constitucionais.

Igualmente, a importância da extensão do dispositivo para a moradia está no fato de trazer para a regularidade um número bastante significativo de pessoas que hoje vivem na

---

ou na construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural.) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* Vol. 4. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

[168] "Para que se preserve a noção de ordenamento jurídico como construção unitária e necessariamente complexa (Gustavo Tepedino, *Normas*, pp. 3-19; Id.; *Unidade*, pp. 427-429), há de se ter na CR o fundamento interpretativo da legislação infraconstitucional. Corrobora-se assim o fenômeno conhecido como a "despatrimonialização" do direito privado, a representar a superação do individualismo e da patrimonialidade como um fim em si mesmo, em favor da pessoa e de sua plena realização existencial (Pietro Perlingieri, *Perfis*, p.33). Pode-se afimar, deste modo, que a função social da propriedade institui conceito dinâmico da propriedade, na medida em que promove valores anti-individualistas (Luiz Edson Fachin, *A função*, pp.19-20). Por conseguinte, os poderes conferidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que seu exercício desempenhe função merecedora de tutela. Assim, se a propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Daí afirmar-se que a função social constitui 'a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito' (Pietro Perlingieri, *Perfis*, p. 226), de molde a compatibilizar, em seu exercício, os interesses do proprietário com os interesses socialmente relevantes e constitucionalmente protegidos que se inserem na relação jurídica de domínio." (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 501).

informalidade e que estão impossibilitadas de negociar seus imóveis em razão da falta do registro de propriedade.

No estágio em que se encontram, essas pessoas negociam seus espaços por meio da posse, que, infelizmente, ainda se ressente de um ordenamento protetivo mais eficaz, (principalmente no que tange à posse autônoma funcionalizada). Assim, além das incertezas que se geram nas pessoas que a ela se submetem, diminui-se consideravelmente o valor do título aquisitivo na hora da venda ou da cessão da posse plena.

Com a regularização, abre-se a possibilidade de inserção dessas pessoas no círculo econômico, seja pelo tráfego negocial, seja pela possibilidade de contrair empréstimos em melhores condições em razão da garantia hipotecária gerada pela imóvel.

Observe-se que, ainda dentro desse contexto, é salutar a regularização para as empresas prestadoras de serviços públicos, bem como para a municipalidade, que passam também a ser atores desse sistema, fomentando a economia e oportunizando melhores condições de vida para a sociedade.

Nesse sentido, pondera Ricardo Lira:[169]

> Como se vê, a existência de uma política pública, voltada para a solução da questão urbana, sobretudo para a difícil questão da regularização fundiária, é de fundamental importância para a observância dos princípios republicanos pertinentes ao reconhecimento da cidadania de toda a comunidade, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza, eliminação da marginalidade e das desigualdades sociais, à promoção do bem de todos, sem preconceito de qualquer natureza, e à construção de uma sociedade livre justa e solidária.

A título de ilustração, podemos entender como obras as construções de moradias e de interesse econômico relevante, e as atividades do tipo agrícola ou industrial.

Guilherme Calmon[170] afirma que "podem ser considerados de interesse social e econômico relevante a construção de moradias, pequenos comércios e centros de lazer (prestação de serviços), associado à noção do mínimo existencial relacionado ao direito fundamental de habitação digna."

Quanto às acessões realizadas na coisa, caso deferido o direito de propriedade, por se tratar de um grupo de pessoas, forma-se um condomínio, pois de compossuidores passam-se essas pessoas a comproprietários do imóvel e cada um, em razão da fração ideal adquirida, torna-se proprietário do todo, assim como acontece com a usucapião urbana coletiva.

---

[169] LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. *Revista de Direito da Cidade/Pós-graduação da Faculdade de Direito.* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 01, Rio de Janeiro: Harbra, primeiro semestre de 2006, p. 164.

[170]GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, op. cit., p. 375.

2.3.3 A boa-fé dos possuidores no ato de ocupação do imóvel alheio

A posse, independentemente da sua controvertida natureza jurídica, gera efeitos tanto para aqueles que a adquirem (art. 1.196 do Código Civil, combinado com o artigo 1.228 do mesmo diploma legal), como para aqueles que a perdem, como por exemplo, o direito de indenização por benfeitorias e o direito de retenção da coisa enquanto não paga a aludida indenização.

Para tanto, é necessário verificar o estado anímico do possuidor, ou seja, se a sua conduta está munida de boa ou má-fé no momento de aquisição da posse.

É sabido que o Código Civil no artigo 1.201[171] adota o chamado critério subjetivo psicológico para a aferição da boa-fé do ocupante – o que não deixa de ser alvo de críticas da doutrina que se debruça sobre o assunto.

Pelo critério psicológico, basta o desconhecimento do possuidor sobre a legitimidade de sua posse. Esse possuidor tem no seu íntimo a convicção de que não lesa direito alheio. Trata-se de uma ignorância sobre o contexto fático-jurídico que cerca a sua posse.

Fernando de Noronha[172] sustenta que:

> a boa-Fé subjetiva ou boa-fé crença diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê, legítimas.

Ao contrário, caso o possuidor tenha essa consciência de que a coisa ocupada não lhe pertence, configurada está a sua má-fé, o que restringe consideravelmente os direitos sobre a posse.

A crítica que se faz ao critério meramente psicológico é que ele não exige, por parte daquele que adquire a posse, qualquer diligência ou cuidado na aferição da conquista da posse, ou seja, não se analisa culpa nesse contexto.

Outra crítica que pode ser lançada a esse critério é que, por ser um conceito que decorre da convicção do sujeito a respeito da legitimidade posse, fica praticamente impossível

---

[171]Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

[172]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122.

ingressar no seu íntimo para se verificar o desconhecimento ou não da situação fática ou jurídica que lhe foi apresentada.

Assim sendo, defende-se que esse desconhecimento deva ser justificado, que o erro no qual incidiu o ocupante seja fruto de uma conduta que outros na mesma situação também incidiram, ou seja, esse estado de ignorância deva ser desculpável.[173]

Miguel Maria Serpa Lopes[174] sustenta que

> a crença deve ser firmada em dados objetivos, calcada na investigação de todos os meios idôneos a indicar a lisura do ato aquisitivo. Em relação aos bens imóveis, é o registro imobiliário o elemento básico da boa-fé; em relação aos móveis, ou melhor, em relação a certos bens móveis, é a transcrição no Registro de Títulos e Documentos, a qual é obrigatória no caso de compra e venda com reserva de domínio, venda de automóveis etc.; em relação aos demais bens móveis, é a pessoa do transmitente, a coisa, o seu valor, tal qual se exige, no direito penal, no caso de delito de receptação. O critério do reconhecimento da boa fé não pode deixar de ser, no direito moderno, ao mesmo tempo que ético e psicológico, igualmente técnico.

Portanto, não se pode tolerar, para efeito de segurança jurídica, que o direito proteja aqueles que incidam em erro grosseiro ou indesculpável, da mesma forma que o direito não tutela o mal pagador e não socorre aos que dormem.[175]

Da mesma forma, sustenta Menezes Cordeiro[176] que a boa-fé pode ter dois enfoques distintos em sentido psicológico: terá "boa-fé quem pura e simplesmente desconheça certo facto ou estado de coisas; e um sentido ético: a boa-fé implica o desconhecimento não culposo; ou noutros termos: é equiparado à má-fé o estado da pessoa que, com culpa desconheça aquilo que deveria conhecer."

É o caso, por exemplo, de se negociar a aquisição de uma posse com um menor impúbere de 12 anos de idade, ou então não verificar a titularidade do imóvel quando o for adquirir ou alugar.

Quanto a essa dicotomia, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, relator do RESP. 298368 / PR, julgado em 10/11/1999, assim se manifestou:

---

[173] "Nada obstante, é de se perceber que a boa-fé reclama um enfoque não apenas psicológico, mas principalmente ético. A boa-fé exige que o desconhecimento do fato decorra do comportamento daquele que observou dos deveres de cuidado e diligência que cabiam ao caso. A boa-fé é fruto de um erro desculpável. Assim, o possuidor de má-fé seria aquele que não só conhece o vício da posse, como também aquele que deveria conhece-lo em razão das circunstâncias". (ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p. 88).

[174]SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. VI, p.140.

[175]Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes afirmam também que a ignorância do vício deva ser justificada, uma vez que a boa-fé, embora subjetiva, não abrange o erro grosseiro e inescusável decorrente da negligência do possuidor. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 455.

[176]CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, op. cit., p. 93.

> PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. BENFEITORIAS. POSSE.BOA-FÉ. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS.1. A posse como fenômeno fático-jurídico considera-se para fins legais como de boa-fé se o possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC/2000 e 490 do CC/1916).2. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1.202 do CC/2000 e art. 490 do CC/1916), como, v.g., a decisão judicial que declara a nulidade do título que a embasa. […] A boa-fé é um estado subjetivo, comumente não revelado ou exteriorizado. Por isso, como já se afirmou, é extremamente difícil a comprovação direta desse estado. Há, acentue-se, uma presunção ominis de que as pessoas estão de boa-fé. Daí é que a lei estabelece uma presunção que decorrerá das circunstâncias, que conduzam a se acreditar que o possuidor, se originariamente de boa-fé, perdeu essa crença (desde o momento em que "as circunstâncias façam presumir" que não está de boa-fé). É a partir de um indício ou mais de um, ou do conjunto das circunstâncias mesmas, que se chegará à conclusão de que o possuidor, em dado momento e em função de fato ou fatos, que consubstanciam tais circunstâncias ou que constituem tais indícios, deixou de estar de boa-fé ("deixou de acreditar que a sua posse não lesava situação de outro"). Em realidade, o fato probando é a má-fé. Os fatos em que se configuram as circunstâncias é que conduzirão à crença na existência da má-fé. Nesta presunção estabelecida pela lei não já propriamente um fato auxiliar previamente definido, de cuja ocorrência concluir-se-ia pelo fato probando; senão que a referência é a de um texto aberto que alude a "circunstâncias", quaisquer que sejam elas, desde que delas se possa concluir que aquele que pretende estar de boa-fé, na realidade não está, porque não pode ignorar que a sua situação lesa direito alheio. (ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Vol. XI, Tomo II. Forense. Rio de Janeiro 2009, p. 195/198). (...) 15. Recursos parcialmente providos, para reconhecer a posse de boa-fé e seus efeitos somente no período mencionado, apurando-se o quantum debeatur em liquidação por artigos.

Ainda quanto a essa questão, cumpre afirmar que o parágrafo único presume a boa-fé quando o possuidor estiver munido de um justo título. O justo título é um documento, em tese, formalmente idôneo, apto a transferir a posse, mas que assim deixa de fazê-lo em razão de algum vício translativo, como, por exemplo, um contrato de locação firmado por quem não detém tal legitimidade. Nesse caso, o contrato de locação gera o justo título e a presunção de boa-fé daquele que no local se encontra, cabendo ao lesado o ônus da prova quanto ao conhecimento do vício por parte do possuidor.

Como a transferência de posse nem sempre está atrelada a um título jurídico, em razão de se constituir de situações meramente fáticas, entende-se que, para a verificação da boa-fé do sujeito, basta aferir se a causa da posse é legitima e, assim sendo, pode-se falar em justo título e presunção de boa-fé. Nessa direção, está o Conselho da Justiça Federal ao editar o Enunciado nº 303 – "Art.1.201. Considera-se justo título para presunção relativa da boa-fé do possuidor o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse."

Nada obstante, e diante do acima exposto, pergunta-se: como trabalhar a boa-fé dos ocupantes no caso descrito no artigo 1228, §4º do Código Civil?

É claro que, na maioria dos casos, aqueles que ingressam em imóvel alheio, sem manter qualquer relação jurídica com o proprietário, sabem que a coisa não lhes pertence; logo estariam de má-fé.

Dessa forma, a boa-fé desses ocupantes não deve ser analisada simplesmente pelo critério subjetivo psicológico, descrito no artigo 1201 do Código Civil, ou até mesmo pelo critério ético, pois inviabilizado estaria o instituto.

A boa-fé deve ser examinada a partir do momento em que esses potenciais ocupantes vislumbram um imóvel abandonado e dele tomaram posse para lhe dar função social, seja por meio da posse-trabalho ou posse-moradia.

Com efeito, a conduta direcionada a dar função social a uma propriedade é conduta munida de boa-fé, uma vez que se encontra atrelada aos valores constitucionais. Em contrapartida, o comportamento de deixar o imóvel a sua própria sorte, praticamente abandonado, não encontra respaldo na Constituição Federal; assim, pode-se pressupor que aquele que assim age está munido de má-fé, pois atua com abuso de direito, conforme previsto no artigo 187 do Código Civil.

Parte da doutrina sustenta que a interpretação a ser feita quanto a esse requisito deve considerar a boa-fé como posse justa; logo, aquele que ingressa na coisa sem violência, clandestinidade e sem precariedade deve ser considerado possuidor de boa-fé.[177]

O Conselho da Justiça Federal, sobre o assunto em comento, manifestou-se por meio do Enunciado nº 309, nos seguintes termos: "Art. 1.228: O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4o do art. 1.228."

Portanto, a interpretação deve-se dar com vistas a exercer uma posse com base nos valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa natural.

Note-se que a usucapião especial urbana prevê o mesmo prazo de cinco anos e não exige a boa-fé dos possuidores e nem indenização ao proprietário, e, nem por isso, defende-se a exclusão do instituto sob o pretexto de possibilitar invasões desenfreadas.

Por fim, quanto a esta questão, pode-se ainda defender esse ingresso com base na posse-necessidade a partir da combinação do artigo 24 do Código Penal com o 187 do Código Civil, pois o ocupante não dispõe de outros meios para a sua subsistência senão pela exploração do imóvel abandonado.

Essa é opinião de Miguel Lanzellotti Baldez[178] quando afirma:

---

[177] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p. 50.
[178] BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Sobre o papel do direito na sociedade capitalista*. Ocupações coletivas: direito insurgente. Petrópolis: Centro de Defesa dos Direitos Humanos (CDDH) de Petrópolis, 1989.

> sempre que dois interesses entram em confronto – um de vida, outro de morte – é legítimo sacrificar-se um deles (o de morte) em garantia do outro (o de vida) e o fato social que autoriza juridicamente a sacrificar-se um interesse (a terra abandonada, que significa a morte da terra e morte da gente) em benefício de outro (a ocupação de terra, vida da terra e vida da gente) é o estado de necessidade.

2.4 **A possibilidade de arguição do instituto nas ações possessórias**

Discute-se, na doutrina, se os possuidores poderiam arguir o instituto em defesa quando o proprietário, em vez de reivindicar a coisa, requeresse a posse mediante demanda de reintegração na posse.

É no estudo da defesa da posse que a teoria subjetiva de Savigny perde força em face da teoria objetiva de Ihering, pois, para ser possuidor na teoria subjetiva, é necessário o *animus domini*, ou seja, a vontade de ser proprietário da coisa. Esse estado anímico não se percebe nas figuras, por exemplo, do locatário, do usufrutuário, do credor pignoratício, do comodatário, cujo interesse na coisa é meramente econômico ou de garantia, em nenhum momento essas pessoas querem ser proprietários da coisa, o que consequentemente reduz consideravelmente o campo de defesa possessório, uma vez que tais pessoas seriam apenas consideradas detentoras.

Já na teoria objetiva, que dispensa o *animus domini* e trabalha com o desmembramento possessório, a defesa da posse se torna mais ampla e eficaz, pois a possibilita aos possuidores diretos, ou seja, o locatário, o usufrutuário, o credor pignoratício, o comodatário, entre outros, conforme disposto no artigo 1197, c/c 1210 do Código Civil brasileiro.

Também é na defesa da posse que se encontram as falhas das teorias subjetiva e objetiva, porque tal defesa, na teoria subjetiva, teria como finalidade proteger a integridade física do possuidor ou proprietário, pois era necessário preservar a autonomia de vontade das partes em respeito ao ideal liberal individualista presente à época; enquanto, na teoria objetiva da posse, a defesa desse instituto seria um primeiro e mais célere mecanismo de defesa da própria propriedade, ou seja, a posse seria uma mera sentinela avançada da propriedade.

Já para as teorias sociais, defende-se a posse por ela mesma, como um instituto autônomo desvinculado do título, mas atrelado à função social e ao princípio da dignidade humana – o que permite inclusive que ela prevaleça perante o título de propriedade esvaziado.

A tutela da posse pressupõe uma situação anterior de poder fático sobre a coisa, que pode ser resultado de uma mera ocupação ou decorrente de uma relação jurídica de direito obrigacional (comodato) ou real (usufruto).

Fora o desforço imediato previsto no artigo 1210,§1º do Código Civil, a defesa da posse se faz presente na demanda de reintegração e turbação da posse quando verificado o esbulho possessório, ou ainda, nos casos de ameaça de perda ou turbação, por meio do interdito possessório.

Dentro das possibilidades previstas, a que mais se acentua nos tribunais é a demanda de reintegração de posse, que tem como finalidade restituir a posse para aquele que a perdeu em razão de um esbulho. Esse esbulho pode ser total ou parcial (quando apenas parcela da posse é perdida). Note-se que o esbulho parcial não se confunde com a turbação da posse, pois nele há efetivamente perda da posse, enquanto, na turbação, o que ocorre é uma perturbação quanto ao uso da coisa.

Essa diferenciação, na verdade, é apenas didática, pois, na prática, prevalece, para as demandas possessórias, o princípio da fungibilidade das demandas, conforme previsto no artigo 920 do Código de Processo Civil.

O que caracteriza o esbulho possessório é o ingresso na coisa de forma injusta, por meio de violência, clandestinidade e precariedade, na forma do artigo 1200 do Código Civil, que, segundo doutrina com base na função social da posse, deve ser interpretado restritivamente.

Dessa forma, aquele que ingressa em um imóvel, em tese, abandonado, à luz do dia, sem ocultar o ato, sem violência praticada à pessoa, ou ainda, sem abuso de confiança por não manter qualquer relação jurídica com o proprietário ou possuidor, não deve ser considerado possuidor injusto e, assim sendo, não deve perder a posse por meio de uma demanda possessória. Seria possível, no caso, tão somente a demanda petitória com base no título e com fulcro na teoria objetiva de Ihering.

Uma exceção à regra quanto à possibilidade de demanda de reintegração de posse em caso de esbulho está no artigo 1212 do Código Civil,[179] que protege o terceiro de boa-fé, que adquire a posse, acreditando que a adquirira do verdadeiro possuidor. Nesse caso, o possuidor esbulhado somente conseguirá recuperar a coisa se também for o proprietário por meio de

[179] Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

demanda petitória, pois não há que se falar em sequela no universo estritamente possessório.[180]

Pouco menos complexa que a reintegração, a demanda de manutenção de posse visa a impedir sua turbação, que consiste na perturbação ou incômodo no exercício da posse. O possuidor prejudicado pela diminuição do exercício possessório ingressa com o pedido de abstenção de praticar determinado ato, que pode ser cumulado com as astreites, multa de natureza cominatória, que possui como finalidade compelir o devedor a cumprir com a prestação na forma convencionada.

A tutela da posse pode ainda ser exercida pelo chamado interdito proibitório, que é uma defesa preventiva da posse e que tem como finalidade impedir que uma ameaça de esbulho se concretize. Cabe ao possuidor demonstrar, de forma inequívoca, que as ameaças à posse são sérias e contundentes. O magistrado, diante dessa comprovação, expede o mandado proibitório, em que se impõe ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Questão interessante que surge a partir das ameaças praticadas pelo potencial esbulhador é quanto à postura do proprietário. Caso ele venha a transferir a propriedade em razão das ameaças, tem-se um vício na manifestação de vontade. A demanda correta a ser manejada pelo proprietário esbulhado é de anulação do negócio jurídico, na qual se discutirá a legitimidade do título, sendo, portanto, mera demanda petitória.

Com relação ao artigo 1228, §§4º e 5º do Código Civil, se possível a sua arguição em demanda possessória, somente seria viável na demanda de reintegração de posse, pois o cumprimento dos requisitos previstos na lei apenas pode ser exercido por parte daquele que tem uma posse plena. Se os atos praticados pelo possuidor são restritos a atos de perturbação, não há que se falar em aquisição da propriedade pela posse.

De qualquer forma, pela literalidade do dispositivo em questão, a possibilidade de se arguir em defesa estaria rechaçada, uma vez que o artigo é claro ao limitar a arguição do instituto às demandas reivindicatórias. Ou então, poder-se-ia dizer ainda que, como o pedido versa sobre domínio, não poderia ser alegado em demandas possessórias. Contudo não é este o entendimento que se defende nesta dissertação.

A aquisição social onerosa da propriedade – como o próprio nome diz – é um instituto que protege a posse exercida com função social, e, por estar atrelada a princípios

---

[180] Enunciado nº 80 do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.212: É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real.

constitucionais de segunda dimensão, deve ter especial proteção do sistema jurídico e ser interpretada extensivamente.

Marco Aurélio Bezerra de Melo,[181] ao se manifestar sobre o tema, sustenta o interesse público na solução das questões fundiárias por meio da função social da propriedade e da posse. Assim, deve ser essa questão flexibilizada e permitir a defesa dos ocupantes por intermédio de demandas possessórias.

Ademais, a causa que fundamenta o pedido principal é a posse exercida pelos ocupantes. O que se discute na demanda é se a posse dos ocupantes está enriquecida pela função social ou não, e se o exercício do referido instituto preenche os demais requisitos previstos na lei. Portanto o domínio é consequência e direito desse exercício possessório.

Traçando um paralelo com a usucapião, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 237, possibilitou a arguição desse instituto em defesa sem restringir as demandas petitórias.

Note-se que, assim como na aquisição social onerosa da propriedade, o fundamento do usucapiente também é a posse que repercutirá no domínio, principalmente nos casos de usucapião especial urbana e rural; fundamento cuja alegação em defesa possibilita ao magistrado, por sentença, a declaração de domínio.[182]

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald[183] também defendem a possibilidade da arguição da usucapião em defesa nas demandas possessórias, porque a causa de pedir não é a propriedade, mas sim a posse.

> Em outras palavras, não se permite a *expectio proprietatis*, mas nada impede a *exceptio dominis*, como defesa nas ações possessórias. Muitas vezes a pessoa do proprietário não se identifica com aquele que exerce o domínio, pois o titular formal não mais exercita os poderes de ingerência econômica sobre a coisa. Sendo certo que ninguém pode reivindicar aquilo que não mais se encontra em seu domínio, com muito mais razão não poderá se reintegrar em uma posse que há muito se perdeu. A alegação de usucapião em defesa não embaralha o possessório com o petitório, pois neste a causa de pedir é a própria propriedade, na usucapião a *causa petendi* é a própria posse.

Destarte, inviabilizar sua arguição em demandas possessórias teria tão somente o efeito de retardar a perda da propriedade, pois caso, o proprietário se aventurasse em uma

---

[181]MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.92.

[182] Lei 10257/01 - Art. 13 A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.
Lei 6969/81 - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

[183]ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano, op . cit., p. 122.

demanda de cunho meramente possessório, suas chances de êxito seriam praticamente nulas. Está implícita a melhor posse dos ocupantes, atrelando-se ainda as escassas chances de êxito à impossibilidade de se arguir em defesa a exceção de domínio, conforme já visto acima e previsto no artigo 1210, §2º do Código Civil.

Com efeito, foi aprovado o Enunciado nº 310 do Conselho da Justiça Federal que defende ser possível interpretar extensivamente a expressão "imóvel reivindicado" (artigo 1228, §4º), abrangendo as pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.

Contudo, mesmo reconhecendo essa possibilidade por meio de uma interpretação teleológica do dispositivo, deve-se ficar atento aos limites subjetivos da coisa julgada e entender como legitimado ativo da demanda somente o proprietário do imóvel e não um simples possuidor que esteja apenas discutindo posse, sob pena de ferir o devido processo legal.

Por fim, podemos ainda vislumbrar a possibilidade, também mediante interpretação extensiva da regra, de os ocupantes em ação autônoma, movida em face do proprietário, pleitearem o direito à aquisição social onerosa da propriedade, desde que depositem o valor que entendem devido.

No mesmo sentido, é o entendimento do Conselho da Justiça Federal que, na recente V Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 496 no seguinte sentido: o conteúdo do artigo 1.228, §§ 4º e 5º pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias.

2.5 **A aplicação do instituto em face de bens públicos**

A aquisição social onerosa da propriedade gera a perda do direito subjetivo de propriedade, e o artigo, em nenhum momento, faz alusão a qual tipo de bem se insere nesse contexto, se público ou particular.

Um dos temas de maior controvérsia no direito de propriedade gira em torno da possibilidade ou não de terceiros se tornarem proprietários de imóveis públicos, por meio do exercício possessório e sem o consentimento do Estado.

No direito português, quanto à questão da posse de bens públicos, manifesta-se José de Oliveira Ascensão.[184]

> Há a tendência entre nós de excluir da posse as coisas que se encontram no domínio público. Parecem dar-lhe razão o art. 202º/2, que inclui entre as coisas fora do comércio "as que se encontram no domínio público", e o art. 1267º/1-b, que considera perdida a posse quando a coisa é posta fora do comércio. Mas temos de distinguir. Como veremos, o domínio público não é uma categoria de coisas; é um regime particular a que ficam sujeitos bens da titularidade de entes públicos. Não é efectivamente admissível a posse de particularidades referida ao domínio público; e tão-pouco é admissível uma posse incompatível com o domínio público, pois então bastará a demonstração desse domínio para que a alegada posse seja arredada, por força dos preceitos citados. Mas há também direitos particulares sobre coisas sujeitas ao domínio público. Esses direitos, sendo particulares, defendem-se nos termos gerais, e portanto inclusivamente através de acções de posse. E até nos parece que direitos derivados de concessão devem poder ser assim defendidos. Podem sê-lo contra terceiros. E podem sê-lo contra o próprio concedente, se as leis de direito público não organizarem diversamente as relações entre concedente e concessionária.

É certo que, legalmente falando, existe um óbice ao exercício possessório pelo ocupante, pois a Constituição de 1988, nos seus artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, seguindo a Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal, proibiu expressamente a usucapião de bens públicos, incluindo-se, nesse contexto, as terras devolutas – artigo 225, §5º da CRFB.[185]

Contudo, apesar da previsão constitucional, quem primeiro deve buscar a aplicação do direito fundamental de moradia e trabalho, pilares da função social da posse, bem como aquele que deve primar por políticas sociais e habitacionais que dão azo ao princípio da dignidade da pessoa humana, é o Estado Democrático de Direito.

---

[184] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais.* 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 70-71.

[185] Reintegração de posse julgada improcedente. Imóvel pertencente ao estado do Rio Grande do Sul. Função social da propriedade. Necessidade de cumprimento da lei, criação resultante da estruturação do estado, visando sair do estado de natureza. Democracia representativa. A Constituição Federal, mesmo tendo explicitado a função social da propriedade, coexiste harmonicamente com o código civil e o código de processo civil. Posse resultante de mera tolerância do estado. Bens públicos não geram direito a posse e são insuscetíveis de usucapião. Presente o esbulho, e as demais condições do art. 927 e incisos do CPC, cabe a procedência da ação, sem direito a retenção de benfeitorias por falta de posse de boa-fé, podendo, os demandados retirarem as casas que construíram. Restante do apelo prejudicado. Sentença reformada em reexame necessário e apelo provido. Unânime (apelação e reexame necessário nº tribunal de justiça do RS, relator: Rubem Duarte, julgado em 13/06/2001) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70000051904, 20 câmara cível. Relator: Desembargador Rubem Duarte. Acórdão de 13 de Junho de 2001. Quanto a este acórdão afirma Liane Portilho Mattos que é interessante observar a ideia contida nas noções explicitadas de que a terra pública não se sujeita a função social da propriedade, o que é equivocado. (MATTOS, Liane Portilho. *Nova ordem jurídico-urbanística:* função social da propriedade na prática dos tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.164).

Note-se, como bem pontua Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber,[186] que a propriedade pública também deve ser exercida segundo a função social prevista constitucionalmente e não ficar limitada aos interesses do próprio Estado.

> O controle de conformidade entre o público e o social torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, também a propriedade pública, estatal, deve cumprir sua função social, sendo empregada não apenas no atendimento do Poder Público, mas no atendimento dos interesses sociais privilegiados pelo texto constitucional. Sob este aspecto, contudo, a experiência jurisprudencial não revela a necessária vigilância. A função social vem correntemente invocada como forma de legitimar a atuação restritiva da Administração Pública sobre a propriedade privada, mas não é normalmente invocada como forma de controle do exercício que a própria Administração Pública faz da sua propriedade. Note-se que não se trata de uma duplicação da coibição do desvio de finalidade na utilização de bens públicos: o desvio de finalidade deriva da utilização de um bem público para fins particulares; o controle que a função social vem permitir é o do próprio emprego dado pelo Estado a um bem público, de forma aparentemente legítima e sem especial consideração de quaisquer interesses privados.

Portanto se o próprio Estado não atende à função social da propriedade ao permitir que diversas famílias ingressem em seus domínios, que, diferentemente deste, exercem posse-moradia e posse-trabalho, por que não reconhecer o direito de essas famílias ali permanecerem?

Note-se que há um interesse social e coletivo em jogo e que regula a vida em sociedade, e não um mero interesse particular por parte desses ocupantes. O bem do Estado, nessa situação, está desafetado do interesse próprio do Estado, mas afetado ao interesse coletivo das pessoas que dele necessitam para viver com um mínimo de dignidade.

Não apenas sob esse prisma, pode-se defender a usucapião de bens públicos, mas também como fazem outras correntes doutrinárias, que trabalham com a distinção entre bens formalmente públicos e bens materialmente públicos.

Os bens formalmente públicos poderiam ser objeto de usucapião, uma vez que se encontram apenas “registrados” em nome da Administração Pública, mas sem qualquer destinação pública. Já os bens materialmente públicos, não teriam a mesma sorte, pois estão afetados ao interesse público e, consequentemente, não poderiam ser objeto de conquista por parte de particulares, como acontece, por exemplo, com as repartições públicas.

Contudo apesar do esforço doutrinário, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não reconhece o direito de usucapião dos bens públicos.

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRACAP. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO

[186]TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no Direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 – Junho de 2005, p. 113-114.

> JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. **BENS PÚBLICOS** PERTENCENTES À TERRACAP. **USUCAPIÃO.** IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão das instâncias ordinárias, que entenderam não ser preciso maior dilação probatória, seria necessária a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta instância especial por força da Súmula nº 7/STJ. 3. A reforma da matéria de fundo demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 4. Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são **públicos** e, portanto, insuscetíveis de aquisição por meio de **usucapião**.
> 5. Agravo regimental não provido.[187]

Aqueles contrários à usucapião defendem que existem, no ordenamento jurídico, outros mecanismos legais que assegurem aos particulares serem mantidos no uso da coisa pública, como, por exemplo, a concessão de uso para fins de moradia prevista na Medida Provisória nº 2220/01.

Todavia, a concessão é precária e consiste em uma cessão de uso; logo o Estado pode, antes do termo de final do contrato de concessão, extinguir o direito dos que ali habitam, tornando essa relação instável e preocupante.

Note-se que houve uma evolução com relação à concessão de uso para fins de moradia, ao ser esta concessão alçada a direito real pela Lei nº 11.481/07, contudo, insuficiente para dizer que se trata de um mecanismo de proteção eficaz concedido àqueles que residem em imóvel público.

Atualmente, temos a Lei 11.977/09, que sinaliza a possibilidade de aquisição de bem público por parte de particulares quando preenchidos os requisitos previstos no artigo 60, mas que também requer um procedimento bastante complexo para a sua concretização, de que nem toda prefeitura municipal dispõe.

A verdade é que, tanto o instituto da usucapião, como a concessão de uso para fins de moradia, ou a Lei 11.977/09, dentre outros previstos na legislação, cercam-se de tantos requisitos que fica difícil acreditar que sejam institutos que protegem aqueles que necessitam da posse para viver. Na verdade, tais institutos protegem o proprietário que não precisa preencher qualquer requisito legal para adquirir propriedade, basta que tenha recursos para tanto.

---

[187] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2007/0260355-5 Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 26/06/2012.

Quem sabe teremos uma situação mais justa para os possuidores, seja de imóvel público ou particular, se priorizarmos a posse autônoma funcionalizada e a sua defesa com o encobrimento do direito de propriedade, quando não exercido segundo a sua função social, como defende Marcos Alcino e Azevedo Torres. Ou ainda, se aplicarmos com maior frequência a boa-fé objetiva, por meio de uma de suas formas de manifestação, que é a teoria da *supressio*.

Quanto ao artigo 1228, §4º, do Código Civil, deve-se entender pela possibilidade de arguição sobre bens públicos, principalmente dominicais, diante do que é proposto nesse estudo ou ainda diante da posição majoritária da doutrina, que defende não se tratar o artigo em comento de uma usucapião.

Em um primeiro momento, não foi esse o entendimento do Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil, que aprovou o Enunciado nº 83. Este defendia que "nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes nos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do novo Código Civil."

Tal entendimento parte do princípio de que possibilitar a sua aplicação a bens públicos seria reconhecer a usucapião por vias transversas, sendo que os bens públicos a que alude o artigo 99 do Código Civil são submetidos a regras próprias, já que são destinados à satisfação de finalidades coletivas.

Outro entendimento que poderia ser defendido é que a lei menciona a faculdade de reivindicar, o que denota uma menção a bens particulares, não só diante do que dispõe o artigo 1228 do Código Civil, mas também diante dos poderes conferidos à Administração Pública de autoexecutoriedade e autotutela sobre os seus bens, ou seja, a Administração Pública não precisa se valer do Poder Judiciário para reaver seu patrimônio.

Todavia, abrandando seu posicionamento, o Conselho da Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, com o Enunciado nº 304, entendeu pela possibilidade de aplicação do estatuto quanto aos bens dominicais.

De qualquer forma, lembram Flávio Tartuce e José Fernando Simão[188] que, caso estivessem na IV Jornada, seriam contrários à aprovação do referido enunciado, pois a fundamentação de sua aprovação constitui-se com base na teoria que defende a possibilidade de usucapião de terras devolutas, que são classificadas como terras públicas.

---

[188] TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 127.

Ocorre que, segundo os mencionados autores, tal corrente é minoritária. Desse modo, não poderia servir de base para a criação de enunciados que devem sempre partir de entendimentos doutrinários majoritários, o que não aconteceu nesse caso.

De qualquer forma, a partir do viés social do instituto e pelo fato de não se tratar de usucapião, e ainda, por estar o imóvel sem qualquer destinação pública pretendida pela Administração Pública, o melhor entendimento se dá no sentido da possibilidade de arguição em face de bens públicos.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes[189] são do mesmo entendimento

> a imposição do pagamento de indenização para adquirir a propriedade desqualifica a hipótese como usucapião, afastando-se assim a vedação constitucional quanto à prescrição aquisitiva de bens públicos. Preserva-se, desse modo, a função social da propriedade e, ao mesmo tempo, sanciona-se seu descumprimento, inclusive, por pessoas jurídicas de direito público, a permitir o aproveitamento socialmente útil do imóvel dominical em benefício dos possuidores que nele realizaram obras e serviços de interesse social ou econômico relevante.

2.6 **O Requisito da aquisição da propriedade imóvel (art. 1228, §5º, do Código Civil)**

Vistos os requisitos para aquisição da posse, passa-se à análise das condições que permitem a conversão da posse qualificada em propriedade. Conforme disposto no § 5º do mencionado artigo, para que os possuidores tenham acesso ao direito subjetivo de propriedade, é necessário o pagamento de uma justa indenização ao proprietário.

Contudo, pode-se entender que a indenização não deixa de ser uma faculdade para o possuidor, uma vez que a posse não está condicionada à propriedade, mas sim ao exercício de uma posse-trabalho ou moradia. Portanto, o proprietário perde o poder jurídico sobre a posse após ultrapassados cinco anos de posse qualificada, contudo permanece como legítimo proprietário enquanto não é paga a indenização pelos ocupantes, esvaziada, é claro, pela ocorrência da função social da posse introduzida pelos possuidores.

A necessidade dessa indenização, conforme dito alhures, decorre do fato de estarem em conflito princípios de ordem constitucional, e, seguindo a técnica da ponderação de interesses, não existe a possibilidade de exclusão de princípios constitucionais, mas a sua mitigação. Assim sendo, no intuito de se preservar o direito fundamental de propriedade que

---

[189] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin, op. cit. p. 505.

será transmitido aos possuidores, decide a lei pelo pagamento de uma indenização.[190] No entanto, a primeira problemática que surge é como interpretar a "justa indenização".

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado nº 240, defende que "a justa indenização não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo ainda indevidos os juros compensatórios."

Diante de uma primeira leitura do enunciado, poder-se-ia entender que o critério estabelecido pelo Conselho seria prejudicial aos possuidores, uma vez que se afastaria do valor de mercado do imóvel.

Entretanto, andou bem o Conselho ao assim prever, porque, ao considerar as acessões e benfeitorias realizadas na coisa, o possuidor estaria pagando duas vezes pelo mesmo objeto – a primeira, quando realizou as obras e serviços de interesse social e econômico relevante, e a segunda, ao proprietário desidioso que em nada contribuiu para a realização daquela valorização, o que, inclusive, o locupletaria indevidamente.

Portanto, ao afastar de certa maneira um critério técnico, entende o Conselho que caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, fixar a justiça da indenização.

Novamente, a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados e permite a entrada de valores e princípios constitucionais na hora da fixação da justa indenização. Assim sendo, o magistrado, ao fixar o *quantum* indenizatório, procederá a uma ponderação entre o direito do proprietário a ser indenizado e o interesse da coletividade em propiciar caminhos para o direito amplo à habitação.[191]

Quanto a essa questão, Fabio Konder Comparato[192] explica que

> a Constituição não fala em indenização pelo valor de mercado, mas sim em justa indenização, o que é bem diferente. A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade. Ressarcir integralmente àquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

---

[190] "Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes *pesos* numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.422).

[191] ROSENVALD, Nelson; FARIAS Cristiano Chaves de, op. cit., p. 47.

[192] COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista CEJ, v. 1, n. 3, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/123/166>. Acesso em: 20 abr. 2009.

De qualquer forma, apesar do grau de subjetividade, o magistrado, além da ponderação, deverá sempre ter em mente o valor venal do imóvel deduzido das edificações realizadas para chegar próximo da justa indenização.

Por outro lado, percebe-se que não se aplica, para a aquisição social e onerosa da propriedade, o mesmo conceito utilizado pelo direito administrativo para justa indenização paga aos titulares de imóveis que venham a perder seu direito em razão da desapropriação de bens.

Para os administrativistas, a indenização somente se considera justa quando recompõe inteiramente o patrimônio do desapropriado, abrangendo todos os eventuais prejuízos que decorram da perda da propriedade.[193]

A diferenciação conceitual entre os institutos é importante para os civilistas que defendem ser o artigo 1228, §§ 4º e 5º uma desapropriação judicial, justamente para afastar a incidência do artigo 14 do Decreto-lei 3.465/41, aplicável à desapropriação comum e realizada pelo Poder Executivo. No artigo, faz-se necessária para o pagamento da indenização a participação de um perito nomeado pelo juiz para proceder à avaliação dos bens.

Ainda no que tange à indenização que deverá ser paga ao proprietário, a lei não esclarece a responsabilidade por esse pagamento – incube-se aos possuidores ou ao Poder Público. A questão que se reveste de inegável interesse social se manifesta por meio de quatro correntes de pensamentos.

A doutrina que não trabalha o instituto como uma modalidade de desapropriação afasta a incidência do pagamento da responsabilidade do Poder Público. Afirmam Marco Aurélio Bezerra de Melo,[194] Teori Zavascki,[195] Sílvio Venosa[196] e, num primeiro momento, o Enunciado nº 84 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal[197] que a

---

[193]Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a justa indenização "é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriante absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 884) . Já José Carlos de Moreira Salles defende que "para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou expropriado. A indenização deve, portanto, ser exata, no sentido de que ao expropriado há de se dar precisamente o equivalente ao que lhe foi tomado pelo expropriante." (SALLES, José Carlos de Moraes, op. cit., p. 442).

[194]MELO, Marco Aurélio Bezerra de, op. cit., p.97.

[195]ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p.50.

[196]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.170.

[197]"A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (artigo 1.288, §§4º e 5º, do novo código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização."

desapropriação não foi requisitada pelo Poder Público, e o bem em questão, quando "desapropriado", não ingressaria no patrimônio da Administração Pública; logo não teria qualquer sentido esse ônus recair sobre o Ente Federativo, uma vez que o ato praticado é exclusivamente privado.

Uma segunda corrente defende que a responsabilidade é tão somente do Estado, pois foge da essência da norma ter como requisito o implemento de obras e serviços e ainda ter que suportar uma indenização. Tratando-se de uma comunidade carente, seria mais lógico arguir em defesa a usucapião urbana coletiva, que não requer o pagamento de indenização – nessa direção, estão Camilo de Lelis Coloni Barbosa e Rodolfo Pamplona Filho.[198]

Já Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves[199] sustentam que se deve analisar o caso concreto para saber a quem cabe a responsabilidade pelo pagamento. Afirmam que a regra geral é que a indenização seja efetuada pelo Estado, pois, além dos argumentos da corrente anteriormente mencionada, é dever primário do Estado a regularização fundiária, bem como a realização de políticas sociais e habitacionais.

Ademais, em muitas situações, vão estar no polo passivo da demanda pessoas de baixa renda que não teriam condições, seja em conjunto ou separadamente, de arcarem com a indenização.

No mesmo sentido, manifesta-se Guilherme Calmon[200], ao afirmar que o dispositivo deve ser interpretado no contexto da funcionalização social dos institutos, e, destarte, devem ser consideradas as particularidades do caso concreto e analisadas as pessoas que estão se beneficiando do título de propriedade, se de baixa renda ou não. Se na área ocupada encontra-se uma comunidade carente, a responsabilidade deve ser atribuía ao Poder Público, sob pena de completa inutilidade do dispositivo.

Ao entender pela responsabilidade do Estado, deve o Juiz, então, convocar o Poder Público a integrar a lide, em litisconsórcio necessário. Conforme já informado anteriormente, trata-se, para esses autores de uma desapropriação por interesse social; logo, participaria o Estado da demanda como órgão expropriatório e pagador, uma vez que o modelo de desapropriação é a ele privativamente reservado.

Outrossim, a responsabilidade recairia sobre a Administração Municipal, pois é a responsável pela regularização dos espaços urbanos, bem como por se tratar de matéria de

---

[198]BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Ano 2, n. 9, Nov./dez. 2005., p. 90.
[199]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.45.
[200]GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, op. cit., p. 376.

interesse local.[201] O Superior Tribunal de Justiça[202] reconhece o direito a regularização e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda como dever da municipalidade.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO PARA FINS SOCIAIS IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. PODER-DEVER. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.
> 1. As exigências contidas no art. 40 da Lei n. 6. 766/99 encerram um dever da municipalidade de, mesmo que para fins sociais, regularizar loteamento urbano, visto que, nos termos do art. 30, VIII, da Constituição Federal, compete-lhe promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento, controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.
> 2. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.

A justificativa para a legitimidade do município decorre ainda do fato de o próprio ente municipal, muitas vezes, incentivar a ocupação. Isso ocorre quando, em vez de coibir a ocupação, instalam-se na comunidade equipamentos urbanos. Assim foi o que decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:[203]

> POSSESSÓRIA - ÁREA INVADIDA HÁ ANOS E DECLARADA PELA MUNICIPALIDADE COMO DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL - REINTEGRAÇÃO - INADMISSIBILIDADE A arguição do princípio da função social da propriedade não pode servir de fundamento para dar licitude a toda e qualquer invasão, pois ao Estado de Direito é que compete a sua implementação Todavia, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora, área esta declarada como de especial interesse social pela municipalidade.

Quanto aos bens públicos que também podem ser objeto da aquisição social, entende-se que não seria razoável, por exemplo, a municipalidade indenizar outro ente da Federação em razão da perda do imóvel, pois também é dever essencial da União e dos Estados Federados de participar de políticas habitacionais.[204]

---

[201] MILAGRES, Marcelo de Oliveira, op. cit., p. 191.

[202] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 131697/SP. Rel. Min. João Octávio de Noronha. Julgamento: 07/04/2005.

[203] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 7080408-7. 21 Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Siqueira de Pretto. Julgamento: 10/12/2008.

[204]PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MELHORIAS NA FAVELA DA ROCINHA-RJ. DESAPROPRIAÇÃO. COMPETÊNCIA DO ESTADO. ART. 23, VI, IX EX, DA CF. DISCIPLINA DO USO DO SOLO URBANO. DESVIO DE FINALIDADE. RISCO AO SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO PELA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DECOMPROVAÇÃO. 1. Hipótese em que o Estado publicou Decretos expropriatórios com a finalidade de conter o crescimento da Favela da Rocinha (Rio de Janeiro), reassentar moradores retirados de áreas de risco, permitir a construção de equipamentos de saúde e de atendimento às crianças e melhorar as condições sanitárias. 2. Não se trata de mera ordenação do solo urbano (competência do Município), mas de medidas inseridas na competência comum do Estado(art. 23, VI, IX e X, da CF).3. Mesmo que suas ações e programas incidam - como ordinariamente incidem - na forma de ocupação do solo urbano, a União e os Estados são titulares de ampla competência para, sozinhos ou em cooperação com os Municípios, proteger o meio ambiente e combater a poluição, preservar as florestas, a flora e a fauna, promover a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, e impulsionar a integração social de setores desfavorecidos. 4. Controvérsia quanto às finalidades do Decreto expropriatório não pode ser dirimida em Mandado de Segurança, pois isso demandaria, no presente caso, dilação probatória incompatível com o rito do writ. 5.

Ainda para essa terceira corrente, como o artigo não limita o direito aquisitivo às famílias de baixa renda, entende-se que, quando assim não o for, a responsabilidade pelo pagamento recairá sobre os ocupantes.

Nesse sentido é o Enunciado nº 308 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

Uma última corrente[205] defende que a responsabilidade do Estado seria subsidiária: na impossibilidade econômica de os ocupantes assumirem a responsabilidade pelo pagamento, este recairia sob o ente público, sendo certo que "somente quando presentes pressupostos inequívocos, o município poderá ser responsabilizado como partícipe na posse qualificada coletiva de terreno particular."

Pode-se sugerir quanto a esta questão e trabalhando todas as correntes doutrinarias descritas que a responsabilidade pelo pagamento deverá recair sobre os possuidores, pois, a partir do momento em que anuíram com as regras dispostas no texto legal (ao alegar em defesa a aquisição social), consentiram com o pagamento da indenização.

Dessa forma, os possuidores, ao buscarem a interversão da posse por meio de um fato de natureza jurídica, quando reclamam em defesa o artigo 1228, §§ 4º e 5º, o que pretendem, na verdade, é adquirir o imóvel – o que também é da vontade do reivindicante –, uma vez que, ao ingressar com a demanda petitória, já sabem que, com o passar do tempo e o exercício pelos ocupantes da posse qualificada, não teriam sucesso no pleito reivindicatório, mas que provavelmente seriam ressarcidos por eles por ser o titular do direito subjetivo de propriedade.

Inexiste desvio de finalidade, pois não há evidência de que a provável desapropriação visa a atender outros interesses que não aqueles apontados pelo Estado. 6. A impetrante não comprovou efetivo risco de desapossamento sumário, com prejuízo à continuidade do serviço público; tampouco houve demonstração de que os imóveis estivessem afetados ao serviço de transporte. O Mandado de Segurança pressupõe prova pré-constituída dos fatos alegados, o que não foi observado pela empresa. 7. Ainda que se admita a afetação do imóvel da impetrante, a *desapropriação não implica, por si, risco à continuidade do serviço público. Nada impede que a empresa desloque seus veículos para outra localidade, considerando que o Estado, em nenhum momento, nega ao particular o direito à prévia indenização. 8. Recurso Ordinário não provido.* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 27385/RJ. Relator Ministro Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 20/08/2009.

[205] MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino, op. cit., p. 54.

Assim, diante desse contexto, pode-se deduzir a bilateralidade de vontades, tanto no sentido de transferência da propriedade, como no interesse dos ocupantes em converter uma posse, em tese, injusta e de má-fé em uma posse justa e de boa-fé.

A participação do Estado quanto a essa aquisição pode-se dar não com o pagamento efetivo da indenização, mas com linhas de crédito concedidas por instituições financeiras públicas a essas famílias, conforme ocorre com o programa "Minha Casa Minha Vida", implementado pela Lei 11.977/09, e modificado recentemente pela Lei 12.424/11.[206] Assim se recomenda, por questões de isonomia. Observa-se que outras pessoas não menos carentes que os possuidores e que não são réus em demanda reivindicatória devem-se valer de financiamentos para adquirir a casa própria, enquanto esses ocupantes, pelo simples fato de terem o imóvel reivindicado, seriam beneficiados pelo pagamento da indenização por intermédio do Poder Público.

Caso o imóvel esteja destinado apenas ao interesse econômico e não à moradia, a linha de crédito poderia ser concedida pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

O BNDES[207] possui diversos mecanismos de financiamento, com investimentos que beneficiam os empreendedores de baixa renda no intuito de reduzir as desigualdades sociais, sendo certo que a questão social é fator determinante na aprovação do financiamento, que busca maximizar os impactos sociais positivos dos projetos que financia, bem como a manutenção de empregos e o incremento do desenvolvimento.

Por fim, é importante lembrar que a análise financeira dos ocupantes (para aqueles que fazem a dicotomia do pagamento entre Poder Público e ocupantes) deve ser feita na prolação da sentença, e não do primeiro dia de posse, uma vez que, com o desenvolvimento do comércio no local, estes, antes possuidores de baixa renda, podem ter prosperado e devem arcar com a indenização.

Não menos tortuosa que a legitimidade para o pagamento, e que se apresenta ainda sem a sua devida solução pela doutrina, é a questão sobre a consequência jurídica advinda do inadimplemento do cumprimento da obrigação de pagar.

---

[206]Art. 1º - O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à **produção e aquisição** de novas unidades habitacionais ou **requalificação de imóveis urbanos** e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas (grifos nossos).

[207]Disponível em : www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atuacao/Desenvolvimento_Social_e_Urbano/. Acesso em: 19 abr. 2013.

Ultrapassados mais de dez anos da entrada em vigor do Código Civil, a doutrina pátria ainda não chegou a um consenso sobre o problema do inadimplemento, consequentemente, várias posições doutrinárias se formam a respeito da questão.

Note-se que esse tópico está relacionado tão somente àqueles que creem na responsabilidade do pagamento pelos possuidores, uma vez que, no caso de ser responsabilidade do Estado o adimplemento da indenização, não se tem maiores dúvidas.

Parte da doutrina defende que não há como extrair o desapossamento como consequência lógica do inadimplemento, pois o próprio §4º do dispositivo em estudo afirma peremptoriamente que o proprietário será privado da coisa.[208] A partir do reconhecimento do preenchimento dos requisitos previstos na lei, o proprietário não teria mais direito à posse, restando a ele a busca pela execução da indenização com base no título de propriedade que possui.

Outrossim, a posse exercida pelos ocupantes é uma posse qualificada pela função social e protegida pelo ordenamento jurídico, por ser uma posse autônoma que prevalecerá inatingível apesar do inadimplemento.[209]

Com efeito, o pagamento da indenização confere tão somente aos ocupantes a possibilidade de levar a registro, no cartório de registro de imóveis, a sentença proferida pelo magistrado. Caso não ocorra o pagamento, a única consequência é a impossibilidade de conversão da posse em direito subjetivo de propriedade, mantendo-se o *status quo*.[210]

Dentro desse contexto, pode-se aplicar ainda a teoria que trabalha a posse funcionalizada como uma exceção de direito material, ou seja, que efetua o encobrimento do direito de propriedade, mas sem o extinguir. Seguindo essa teoria, enquanto o exercício possessório estiver cumprido com a função social, o possuidor tem legitimidade de nela permanecer.

Em contrapartida, Ricardo Lira[211] e Gustavo Tepedino[212] sustentam que o Juiz deve fixar um prazo para o pagamento da indenização a ser efetuado pelos ocupantes. Não sendo pago o preço, a reivindicatória será julgada procedente – posição que hoje encontra resistência no Enunciado 306 do CJF, que assim dispõe : "Art.1.228. A situação descrita no § 4° do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório."

---

[208]MELO, Marco Aurélio Bezerra de, op. cit., p. 95.
[209]ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, op. cit., p.48.
[210]MILAGRES, Marcelo de Oliveira, op. cit., p. 192.
[211]LIRA, Ricardo Pereira. Questão urbano-ambiental. *Revista da Emerj*. Rio de Janeiro, v. 10, n.38, 2005, p. 17-52.
[212]TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op.cit., p. 505.

Com efeito, tal discussão cairia por terra se adotada a sugestão exposta nessa dissertação, ou seja, de o pagamento da indenização ser efetuado por meio de linhas de crédito concedidas por instituições financeiras públicas, uma vez que a satisfação do proprietário seria imediata e os bens serviriam de garantia para o cumprimento da obrigação.

Observa-se ainda que a lei não traz um procedimento processual específico para o artigo em estudo, logo, se não há previsão de um rito especial, deve a demanda correr pelo procedimento comum ordinário ou sumário, conforme o valor dos interesses em discussão.

Diante dessa omissão, sugere-se que na contestação os possuidores já indiquem os valores que entendam como justo para a possível indenização a ser paga ao proprietário. Caso isso não aconteça, o magistrado deverá intimá-los para assim proceder. Com a ciência dos valores, concede-se ao autor a possibilidade de se manifestar acerca da defesa e do montante indenizatório. Havendo divergência, deve o juiz então nomear um perito para fixar o *quantum* indenizatório, que passará pelo crivo do magistrado, pois é dever do Juiz se ater à justa indenização. Concluído esse trâmite, e, tratando-se de pessoas de baixa renda, oficiam-se as instituições financeiras públicas para apresentar linhas de crédito aptas a garantir o pagamento da indenização. Os valores serão depositados em juízo e liberados ao reivindicante após a prolação da sentença, que servirá de título a ser levado a registro.

Quanto ao direito de propriedade em si, deve-se trabalhar com o disposto no artigo 10, §3º do Estatuto da Cidade, e reconhecer a existência de um condomínio necessário, concedendo-se a cada possuidor uma igual fração ideal de terreno, independentemente da dimensão do espaço que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Caso o local seja utilizado apenas para fins comerciais, deve-se entender que o imóvel integrará o patrimônio da pessoa jurídica criada, do qual os possuidores serão sócios fundadores.

Agora, abstraindo a sugestão quanto às linhas de crédito, bem como não considerando a possibilidade de a indenização ser paga pelo Poder Público, esta necessariamente cairia na responsabilidade dos ocupantes e, como já visto, mesmo se não vier a ser paga ao proprietário, não lhe assiste o direito de requerer a desocupação, mas tão somente executar os valores.

Nessa situação, cabe ainda analisar a inversão do *animus* dos possuidores inadimplentes, que possuíam a coisa com função social e assim deixaram de fazer enquanto não pagassem a indenização. Neste contexto, tem-se a posse reconhecida aos ocupantes, mas o título de propriedade ainda permanece nas mãos do reivindicante.

Dentro dos poderes inerentes à propriedade, que se situam no artigo 1228 do Código Civil, está o direito de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou a detenha.

Também chamado de elemento externo ou jurídico da propriedade, o direito de reivindicar, mesmo sem conteúdo econômico, ainda confere ao titular do direito subjetivo a faculdade de excluir terceiros da indevida ingerência sobre a coisa, sendo um exemplo claro do direito de sequela (*jus persequendi*) presente nos direitos reais, conforme prevê o Código Civil.

O proprietário, para obter sucesso na demanda reivindicatória, segundo afirma a doutrina tradicional, basta demonstrar a titularidade da propriedade, sem a necessidade de se discutir a qualidade da posse de terceiros, ou seja, não se discute a boa-fé e muito menos se a posse foi obtida de forma mansa e pacífica pelo atual possuidor.

Nada obstante, tal faculdade e os demais direitos fundamentais previstos na CRFB não são exercidos de forma absoluta por seus titulares; é certo, pois, que caberá ao possuidor, caso demandado, excepcionar o domínio do titular do direito de propriedade em defesa a partir do instituto da usucapião (súmula 237 do STF) ou ainda por meio do artigo 1228 §4º do Código Civil.

Frisa-se que, diante do que prescreve o artigo em análise, o magistrado não poderá, de ofício, suscitar o direito, pois deve este ser arguido pelos possuidores em defesa na ação reivindicatória proposta pelo proprietário. Trata-se de ação de natureza dúplice, na qual os possuidores realizam pedido contraposto em sede de contestação, sob pena de preclusão.[213]

A sentença que reconhecer preenchidos os requisitos do artigo 1228, §4º julgará a demanda reivindicatória improcedente, privando o proprietário da propriedade e fixando, desde logo, o valor indenizatório e a responsabilidade pelo pagamento.

Conforme dito alhures, e sendo esta a posição majoritária da doutrina, enquanto não paga a indenização, o proprietário permanece com o título de propriedade – para fins de registro, ainda é o legítimo proprietário.

Ao interpretar o texto da lei, este é claro ao mencionar que o proprietário fica privado e não excluído do direito subjetivo de propriedade, de tal modo que se pode concluir que a perda do direito subjetivo somente acontece com o pagamento da indenização.

---

[213] Ação demarcatória. Usucapião como matéria de defesa. Momento em que pode ser alegada. 1. A prescrição extintiva pode ser arguida em qualquer fase do processo, mas a prescrição aquisitiva somente tem pertinência como matéria de defesa se arguida na contestação, momento próprio para tanto, sob pena de preclusão. 2. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 761911/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 14/11/2006.

É sabido que os possuidores somente obtiveram sucesso na demanda reivindicatória porque deram àquela posse a função social esperada pela Lei, qual seja: obras ou serviços de interesse social e econômico relevante. Destarte, o direito dos ocupantes está amparado nessa contínua necessidade de dar ao imóvel destinação socioeconômica.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal expediu o enunciado nº 311: "Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores."

Portanto, ultrapassado o prazo previsto no artigo 205 do Código Civil, o proprietário não poderia mais cobrar o montante indenizatório, permanecendo, assim, sem a propriedade e sem a compensação financeira.

Ao seguir esse posicionamento, que permite ao proprietário apenas requerer a indenização, os possuidores inadimplentes teriam a faculdade de deixar a coisa sem a devida função social, utilizando daquela posse com intuito meramente especulativo, uma vez que não seriam mais judicialmente importunados pelo proprietário em razão da coisa julgada material.

Note-se que não se está a defender a perpetuidade da ação reivindicatória, que fere substancialmente a segurança jurídica, mas a perpetuidade da função social da posse, que, nessa situação exemplificativa, não a transformou em direito subjetivo de propriedade pelo simples fato de não ter havido o pagamento da indenização.

No direito moderno e especificamente no artigo em questão, não existe direito de propriedade e muito menos posse sem função social. Permitir aos ocupantes que a deixe abandonada sem continuidade nas obras ou serviços seria uma grande injustiça não só com o proprietário, mas principalmente com a sociedade.

Ao interpretar o significado da expressão "privado da coisa", extrai-se o sentido de que não se põe termo ao direito subjetivo de propriedade. Diferentemente, por exemplo, se o artigo tivesse mencionado "perde-se a propriedade" ou "exclui-se a propriedade", denotar-se-ia um caráter de irrevogabilidade ou de definição.

E assim se justifica tal conclusão na interpretação do §3º do mesmo artigo 1228 do Código Civil, ao usar o legislador a mesma expressão para os institutos da desapropriação e da requisição.

Pode acontecer de a desapropriação não extinguir o direito subjetivo de propriedade, como, por exemplo, ocorre na retrocessão,[214] fazendo reviver o poder de reivindicar, conferido ao proprietário.

O mesmo pode ser dito quanto ao instituto da requisição, que possui como regra a devolução do bem ao proprietário, após o atendimento das necessidades coletivas em tempo de guerra ou nos casos de perigo público eminente.

Portanto, há que se entender que, nos casos do artigo 1228, §4º do Código Civil , apesar da existência de uma coisa julgada material que confere posse ao ocupante, defende-se ser possível a renovação da reivindicatória em razão da mudança do contexto fático daquela posse.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco[215] que:

> Mesmo as sentenças de mérito só ficam imunizadas pela autoridade do julgado quando forem dotadas de uma *imperatividade possível*: não merecem tal imunidade (a) aquelas que em seu decisório enunciem resultados materialmente impossíveis ou (b) as que, por colidirem com valores de elevada relevância ética, humana, social ou política, também amparados constitucionalmente, sejam portadoras de uma impossibilidade jurídico-constitucional. (...) As *impossibilidades jurídico-constitucionais* são o resultado de um equilibrado juízo comparativo entre a relevância ético-política da coisa julgada material como fator de segurança jurídica e a grandeza de outros valores humanos, éticos, sociais e políticos, alçados à dignidade de garantia constitucional tanto quanto a ela.

Note-se que a sentença proferida pelo juízo no caso do artigo 1228, §4º do Código Civil, não é inconstitucional, até porque está fundamentada em valores e princípios constitucionais, como o direito ao trabalho, à moradia e à dignidade do ser humano, ou seja, de acordo com a realidade social daquele momento. Contudo não se deve, por meio dessa sentença (com as alterações do plano fático ocorridas após a sua prolação), permitir que esta sirva de alicerce para condutas contrárias àquelas previstas na própria Constituição que lhe deu autoridade.

A impossibilidade de o proprietário reivindicar a coisa decorre do fato de os ocupantes estarem dando ao imóvel função socioeconômica, e se isso não mais existe e esse proprietário

---

[214]A retrocessão é o direito que tem o expropriado de exigir de volta o seu imóvel caso este não tenha o destino para que se desapropriou. (...) A retrocessão cabe quando o Poder Público não dê ao imóvel a utilização para o qual se fez a desapropriação, estando pacífica na jurisprudência a tese de que o expropriado não pode fazer valer o seu direito quando o expropriante der ao imóvel destinação pública diversa daquela mencionada no ato expropriatório; em outras palavras, desde que o imóvel seja utilizado para um fim público qualquer, ainda que não o especificado originalmente, não ocorre o direito de retrocessão. Este só é possível em caso de desvio de poder (finalidade contrária ao interesse público, por exemplo, perseguição ou favoritismo a pessoas determinadas), também chamado, na desapropriação, de tredestinação, ou quando o imóvel for transferido para terceiros, a qualquer título, nas hipóteses em que essa transferência não era possível. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.170-173).

[215]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3, p.307.

ainda constar como titular do direito subjetivo, nada mais justo do que lhe ser reconhecido o direito de recuperar a coisa.

Dessa forma, percebe-se que há alteração da causa de pedir se esses novos argumentos não se submetem aos efeitos da coisa julgada material,[216] uma vez que, na primeira oportunidade, o proprietário fundamenta seu pedido tão somente no título para reaver a posse (*ius possidendi*) e, agora, na nova demanda, seu fundamento, além do título de propriedade, será enriquecido pela falta de pagamento da indenização, bem como pela ausência da função social até então praticada pelos ocupantes – seria o caso, por exemplo, de transformar uma marcenaria (obras e serviços de interesse econômico e social) em um prostíbulo.

Com efeito, o magistrado jamais teria reconhecido o direito de posse aos ocupantes se desde o início o imóvel não cumprisse com a sua função social.

Agora, caso tenha sido paga a indenização ou ultrapassado o prazo prescricional para a cobrança do crédito, os ocupantes podem registrar o bem em seus nomes. A partir daí, se o imóvel descumpre com a função social, a responsabilidade passa a ser do município, por meio dos instrumentos urbanísticos ou até da própria desapropriação para corrigir essa situação de contrariedade constitucional.

Nesse contexto, afirma Marcos Alcino de Azevedo Torres[217] que

> a perda da tutela constitucional da propriedade pelo descumprimento da função social gera a perda ou pelo menos o amortecimento do direito de reivindicar, inferência que por si só protege o titular de posse funcionalizada, se e até, quando assim mantiver a sua posse, ainda que o tempo de posse permita no futuro sua transformação em propriedade pela usucapião.

Especificamente quanto ao artigo 1228, §§4º e 5º, sustenta o mencionado autor:[218]

> Essa solução não é absurda e foi implicitamente adotada pelo novo Código Civil, quando neutralizou, diante de uma posse qualificada, a ação reivindicatória do titular do domínio, nas hipóteses em que, diante do caso concreto, verifique o juiz a posse funcionalizada pela realização de obras e serviços de interesse social e

---

[216] Pode-se adaptar o raciocínio de José Carlos Barbosa Moreira, quando este se manifesta sobre as setenças que versam sobre paternidade sem o exame de DNA, ao que por ora se defende: "Referimo-nos à possibilidade de que, transitada em julgado a sentença em ação de investigação de paternidade, venha a realizar-se o exame designado pelas iniciais DNA, desconhecido ao tempo do processo, e daí resulte a comprovação, positiva ou negativa, da filiação biológica, em sentido inverso ao que se admitiu na sentença. Impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado. (...) A discrepância entre a motivação *in facto* da sentença e a realidade assume aí colorido mais chocante do que noutras hipóteses. (....) o que particularmente chama a atenção, no caso, não é tanto, repita-se, a eventual desconformidade entre a situação real e a aceita pelo juiz. É acima de tudo, a convicção de que tal desconformidade *seria evitável* se se pudesse contar com a prova científica, não disponível ao tempo do processo. (...)Por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, empenhados um e outro na cabal averiguação dos fatos, não teria havido, a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, *por causa da inexistência* (ou – o que dá praticamente no mesmo – do desconhecimento, pela ciência) *do meio idôneo à apuração da verdade*." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual:* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p.255-256.)

[217] TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, op. cit., p. 400.

[218] Ibidem, p. 425.

> econômico relevantes está sendo exercida de boa-fé por um considerável número de pessoas, em extensa área de terras, por mais de cinco anos (§4º do art. 1228 do C.C.)
> Isto se afirma porque o legislador não se preocupou em dizer a quem ou quando se pagará a indenização por essa forma de "expropriação judicial" e enquanto isto não ocorrer (também não estabeleceu o legislador o tempo) continuarão os possuidores na sua posse funcionalizada que se converterá em propriedade quando o proprietário receber a sua indenização (§5º do art. 1.228 do C.C.).

E conclui[219] nos casos do encobrimento e espera do lapso temporal para a aquisição da usucapião:

> Contudo, se antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária do imóvel, negocial ou não, da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito com função social, para que nova situação não ocorra que lhe impeça o exercício do direito.

Pontes de Miranda,[220] quanto a essa possibilidade de congelamento do direito subjetivo, aduz que "a relação jurídica pode apresentar estados de paralisia (ou quietude, ou adormecimento), como se a propriedade da coisa, que se incorporou ao edifício de outrem, não pode ser reivindicada enquanto não se desfaz a causa de paralisação."

Já Lafayette Rodrigues[221] considerava a perda da propriedade quando o imóvel era inundado por águas, uma vez que ocorria, nessa situação, a perda do poder físico sobre a coisa, mas, na verdade, segundo Caio Mario,[222] nessa situação, o direito de propriedade permanece em aquiescência ou em estado potencial, na expectativa de refluxo da massa líquida, quando o *dominus*, independentemente de ato seu, retoma a coisa e vê restabelecido o direito.

Por fim, a possibilidade de renovar a demanda encontra guarida no artigo 468 do Código de Processo Civil, quando este dispõe que a "sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas." Dessa forma, o pedido que se formula em uma demanda processual, para ser corretamente interpretado, depende fundamentadamente da causa de pedir que o define e limita. Não sendo idêntica a causa de pedir, há possibilidade de perseguir o direito.

---

[219] Ibidem, p. 425.
[220] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Teoria Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, tomo V, p. 80.
[221] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed. Freitas Bastos. 1956, p. 244.
[222] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito Civil. Direitos Reais.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV, p. 234.

Humberto Theodoro Junior[223] bem explica a questão quando formula o seguinte exemplo: o herdeiro que pretende os bens da herança com base em um testamento deixado pelo *de cujus*, mas vem a perder a demanda em razão de algum vício na disposição testamentária, poderia renovar o pedido caso comprovasse ser, por exemplo, um herdeiro legítimo. Na primeira demanda, a causa de pedir foi a disposição testamentária, enquanto, na segunda, a *causa petendi* se ateve à ordem de vocação hereditária.

Portanto, entende-se que o proprietário poderá renovar a demanda reivindicatória caso não venha a ser paga a indenização pelos possuidores, se dentro do prazo prescricional para a cobrança venha-se a dar outra destinação ao bem que não seja aquela pretendida pela função social.

[223] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I, p. 578.

3 AQUISIÇÃO SOCIAL E ONEROSA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Um dos princípios da propriedade imóvel no ordenamento jurídico brasileiro reconhece que tudo que se constrói e planta em terreno alheio é de propriedade do dono do solo, trata-se do princípio da *supercifies solo cedit*. Tal princípio parte do pressuposto de que o solo é o objeto principal: tudo o que nele se adere é tido por acessório e como o acessório segue a sorte do principal, em tese, essas acessões feitas na coisa serão de propriedade do dono do solo.

Outra conclusão que se extrai dessa regra é a presunção de que as construções e plantações realizadas no imóvel foram efetivadas pelo proprietário, presunção esta relativa, ou seja, cabe prova em sentido contrário – o que informa não ser o princípio da *superfícies solo cedit absoluto* –, conforme o artigo 1253 do Código Civil.[224]

Dentro das exceções à regra, temos, por exemplo, a chamada acessão inversa, prevista no artigo 1225, parágrafo único do Código Civil,[225] que possibilita àqueles que constroem e plantam em terreno alheio, e de boa-fé, adquirir a propriedade do solo se as construções e plantações excederem consideravelmente o valor do terreno, cabendo ao proprietário uma indenização em razão da perda do direito subjetivo.

Assim prevê a lei, uma vez que, segundo os valores constitucionais que envolvem a propriedade, não seria razoável proteger o proprietário desidioso que nada fez para impedir as construções ali efetuadas, por meio, por exemplo da ação de enunciação de obra nova, quando o terreno já está incorporado por construções e plantações de cunho econômico e social relevantes.[226]

---

[224] Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

[225] Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.
Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

[226]AGRAVO. DIREITO CIVIL. CASA PRÉ-FABRICADA EM TERRENO ALHEIO. ACESSÃO. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. Benfeitoria não se confunde com acessão. A casa construída no terreno, objeto da promessa de compra e venda, a despeito de ser pré-fabricada, não pode ser considerada benfeitoria, mas sim uma acessão. Logo, a solução para a controvérsia dos autos não está nos efeitos da posse exercida sobre o terreno pela executada, e sim no capítulo do Código civil que trata da aquisição da propriedade. O direito não pode tolerar que uma casa alheia seja construída em terreno próprio. Por isso, no caso sub studio, aplica-se a norma do art. 547, primeira parte, do Código Civil de 1916 (art. 1255 do Código Civil de 2002) que estabelece que aquele que constrói em terreno alheio perde a construção em proveito do proprietário. Neste sentido, há decisão anterior desta Câmara, que negou provimento ao agravo da executada, que pretendia o levantamento da "benfeitoria". Provimento do agravo, para reconhecer a perda da propriedade da construção em favor da agravante, determinando-se o levantamento da constrição sobre a casa pré-fabricada. (BRASIL. Tribunal de

Quanto a essa questão, afirma Francisco Eduardo Loureiro:[227]

> O direito protestativo do construtor/plantador pode ser agitado em ação própria ou como exceção em demanda reivindicatória ou possessória. Contra o pagamento do valor fixado judicialmente, será o imóvel transferido ao construtor/plantador, servindo a sentença como título derivado para o registro imobiliário. Cuida-se de mais uma modalidade de alienação compulsória do proprietário que deixou de dar função social à propriedade, ao possuidor que a deu.

Gustavo Tepedino[228] afirma que, nessas situações, o solo se caracteriza como acessório diante da importância econômica dos seus melhoramentos. Dessa forma, inverte-se o princípio da *superfícies solo cedit* , diante da utilidade social e econômica da obra ou construção, e assim, contempla o princípio constitucional da função social da propriedade.

O instituto da acessão inversa goza da mesma finalidade da aquisição social e onerosa da propriedade, qual seja: de proteger aquele que introduz na coisa obras e serviços de caráter produtivo sem a devida repulsa do proprietário.

A acessão inversa possui características próprias que a distinguem da aquisição social, como, por exemplo, a análise da boa-fé, a ausência de lapso temporal para adquirir a propriedade e o critério previsto para o pagamento da indenização. Por outro lado, na aquisição social não se tem como requisito para a aquisição da propriedade a desproporção "considerável" entre o valor do terreno e as acessões implementadas.

Contudo o que se quer dizer é que, tanto em um caso como no outro, está-se diante de uma forma de aquisição da propriedade imóvel que se caracteriza por meio do exercício segundo a função social; sendo certo ainda que o proprietário do título de propriedade, quando propõe a demanda reivindicatória, já sabe que dificilmente recuperará a coisa, logo seu desejo verdadeiro é a indenização que da perda da propriedade resultará.

Entende-se, então, ser o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil um modo de aquisição da propriedade com o viés social que a norma lhe impõe e que ocasiona a transferência da propriedade privada para o patrimônio dos ocupantes, sem qualquer ingerência do Poder Executivo, por não ser o imóvel discutido público, mas conta com o dirigismo do Poder Judiciário, que tem a competência de interpretar os conceitos jurídicos indeterminados previstos na norma.

Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento: 0013587-80.2006.8.19.0000 (2006.002.08447). Relator: Des. José Carlos Paes. julgamento: 15/08/2006.

[227] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. PELUSO, César (Coord). 2. ed. São Paulo: Manole, 2008, p. 1204.

[228] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 551.

3.1 **Importância do novo instituto como instrumento de regularização fundiária**

A regularização fundiária, segundo a recente Lei nº 11.977/09, consiste em um

> conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social de moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (artigo 46)

Portanto, verifica-se que o procedimento de regularização fundiária tem como finalidade precípua conceder segurança jurídica para aqueles que ocupam imóveis públicos ou particulares sem titulação jurídica, ou ainda, nas palavras de João Pedro Lamana Paiva:[229] " a regularização fundiária é um processo para transformar terra urbana em terra urbanizada (com infraestrutura e integração à cidade)."

Segundo Venício Salles,[230]

> a regularização fundiária no sentido de titulação dominial, foi pensada como um instituto capaz de gerar, por si só, certa alteração intrínseca nas cidades, propiciando melhoria de vida coletiva produzida a partir de impulsos de índole individuais e até mesmo coletivos, formados a partir de associações de bairros ou de movimentos apoiados por organizações não governamentais ou centros religiosos.

Percebe-se ainda que, por meio da regularização fundiária, busca-se tutelar o direito fundamental de moradia e, invariavelmente, da intimidade, privacidade e dignidade do ser humano, pois é da sua essência, diferentemente de outros animais, a fixação de território, a formação de família e a vida em sociedade, o que se torna possível por meio da moradia.[231]

As cidades brasileiras têm como características de ocupação a presença de assentamentos informais e clandestinos, que são vulneráveis e inseguros e que não trazem qualquer perspectiva financeira para aqueles que os ocupam. Atualmente, a regra no território

---

[229] Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/regularizacao_fund.pdf. Acesso em: 10 jun. 2013.

[230] SALLES, Venício Antônio de Paula. Regularização Fundiária: questões enfrentadas pelos grandes centros urbanos; Dificuldades procedimentais para o implemento das metas tendentes à melhor organização das cidades. In*:* ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização Fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 101.

[231] "Como se vê, a existência de uma política pública voltada para a solução da questão urbana, sobretudo para a difícil questão da regularização fundiária, é de fundamental importância para a observância dos princípios republicanos pertinentes ao reconhecimento da cidadania de toda a comunidade, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza, eliminação da marginalidade e das desigualdades sociais, à promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária." (LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.) *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 15.

nacional é a sua irregularidade, conforme estima a Secretaria Nacional de Programas Urbanos, vinculada ao Ministério das Cidades.[232]

O que contribuiu – e ainda contribui – para essa constatação é a ausência de leis urbanísticas municipais, bem como a dificuldade de implantação daquelas já existentes, devido à falta de informação, educação e de acesso ao judiciário e de uma atuação sua mais consistente.[233]

No mesmo sentido, quanto às ocupações irregulares, pensa Álvaro Pessoa[234] que a "solução para tais casos, ou pelo menos o correto enquadramento da possibilidade de sua solução, depende da existência de instrumentos adequados para implantar uma política fundiária urbana no Brasil."

Acrescenta-se a essa realidade o descompasso entre o direito civil e o direito urbanístico, o que expõe parcela considerável da população brasileira a uma condição de subcidadania, já que, segundo o Código Civil, a terra irregular não é titulada, e, pelo direito urbanístico, encontra-se em desacordo com os seus preceitos. Essa situação de desproteção gera uma determinante desigualdade nas políticas de investimento público que, por razões históricas, sempre foram direcionadas para as áreas estruturadas da cidade. Essa irregularidade jurídico-urbanística, segundo Betânia Alfonsín, funciona como um escudo, "para justificar o abandono dos territórios fora da lei pelo Poder Público e a lei serve como instrumento de acumulação de riqueza e concentração de renda nas cidades, e, portanto, como fonte inequívoca de legitimação de uma ordem excludente e injusta." [235]

---

[232] "Os conflitos de propriedade resultam da invasão de terras, privadas ou públicas, com o objetivo principal de nelas se assentarem moradias de populações de baixa renda. Longe de constituírem ocorrência transitória, expedientes de emergência, as invasões são fenômenos que têm acompanhado com persistência uma das facetas do processo recente de desenvolvimento brasileiro – o crescimento acelerado dos grandes centros urbanos. Constituem hoje uma modalidade de moradia e de assentamento de populações que, apesar de sua marginalidade na ótica governamental, têm ampla participação nos quadros urbanos". SERRA, Maria Teresa Fernandes; SERRA, Mozart Vitor. As invasões de terra urbana: o alcance e as limitações da economia neoclássica no seu exame. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Invasões urbanas:* conflito de Direito de Propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p.145.

[233] "Aliás, a situação atual de convivência de duas ordens jurídicas é a expressão, por um lado, da exclusão que a ordem legal faz não só da concepção de direito de propriedade prevalente nas populações invasoras, como da participação das massas populares na formulação e aplicação da justiça. Por outro, é a expressão da incapacidade da concepção da ordem legal se impor como expressão da justiça social que prevalece em toda a sociedade brasileira. Neste sentido, a permanência desta ordem legal é apenas a evidência de uma pretensão de dominação. É a evidência do poder que perdeu autoridade e que, aceleradamente, perde eficiência." FALCÃO, Joaquim. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In:_____. (Org.) *Invasões Urbanas: conflito de direito de propriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p.118.

[234] PESSOA, Álvaro. O uso do solo em conflito: a visão institucional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p.233.

[235] ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização Fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 55.

Como consequência dessa constatação, manifesta-se Eudésio Fernandes:[236]

> A combinação entre esses processos tem feito com que o lugar dos pobres nas cidades seja as áreas periféricas ou mesmo as áreas centrais não dotadas de infraestrutura urbanística adequada, e, cada vez mais, as áreas não adequadas à ocupação humana e as áreas de preservação ambiental. De fato, nos últimos anos os loteamentos irregulares, ocupações informais e favelas têm se assentado justamente nas áreas ambientalmente mais frágeis, muitas delas protegidas por lei, através de fortes restrições ao uso, pelo menos nominalmente – e consequentemente desprezadas pelo mercado imobiliário formal.

De qualquer forma, o direito à moradia, enquanto direito fundamental de segunda geração, possui como característica a autoaplicabilidade, pois não se trata de uma norma programática, que, para a sua efetivação, necessita de ato legislativo regulamentador. Contudo uma política legislativa com vistas a implementar ações governamentais que criem políticas públicas direcionadas à habitação seria importante,[237] pois a população teria ciência do direcionamento dessas ações, bem como dos investimentos. Frisa-se, contudo, que, por se tratar de uma norma autoaplicável, dispensa-se o processo legislativo.

O direito social de moradia, incluído no conceito de regularização fundiária, pode ser visto como um instrumento para o direito de propriedade, direito real por excelência, e que não será, em todos os casos, exercido pelo proprietário que tem seu nome inscrito no registro de imóveis, como ocorre, por exemplo, nos direitos reais em coisa alheia e nas ocupações irregulares.

Portanto, o direito de habitação ou moradia não se confunde com o direito de propriedade, que é essencialmente individual e econômico, e que se conforta no patrimônio do seu titular. O direito de habitação ou moradia se traduz em valores do próprio indivíduo, sendo um bem essencial, que lhe permite uma vida digna.

Marcelo Milagres[238] afirma que a posse e a propriedade não se confundem com o direito de moradia, tampouco com a escolha ou a fixação do domicílio: “a singularidade da moradia transcende aspectos genericamente materiais.”

Ingo Wolgang Sarlet[239] afirma que

> a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e

---

[236] FERNANDES, Eudésio. Regularização de Assentamentos Informais: O grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In: ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização Fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p 18.

[237] GOMES, Rosângela Maria de Azevedo. O direito à moradia como valor integrante do direito à vida digna. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Coord.) *Direitos Fundamentais e Novos Direitos* (2ª Série). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

[238] MILAGRES, Marcelo de Oliveira, op. cit., p. 133.

[239] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

> deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Luiz Edson Fachin[240] aduz que o "patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana, pois o patrimônio não integra a personalidade".[241] Complementa então Rosângela Gomes que "o valor do direito à moradia, em si, despido do seu conteúdo material, apenas enquanto bem essencial à vida dentro de um padrão minimamente aceitável para qualquer ser humano, deve estar agregado ao direito à vida para qualificá-lo conforme o padrão existencial humano."

Com efeito, a pessoa é a finalidade do direito, a causa primeira da personalidade jurídica, bem como o sujeito das situações jurídicas.[242]

Luciano de Souza Godoy[243] defende que o direito de moradia encontra-se inserido dentro do valor da dignidade da pessoa humana, quando afirma que "o direito de moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que constitui a pedra nuclear, a base, o alicerce do direito civil constitucional. Por isso direito à moradia é direito civil constitucional."

Por meio do direito à habitação, confere-se proteção não só àquele que ocupa um bem imóvel sem qualquer relação jurídica com o titular do domínio, mas também ao próprio proprietário ou possuidor que se utiliza do Direito segundo a função social prevista constitucionalmente.

Sobre essa questão do direito à habitação como instrumento para o direito de propriedade e seu consequente respeito à função social, incluído também no conceito de regularização fundiária, acrescenta Jacques Alfonsín:[244]

> A necessidade da casa, então interessa tanto ao cidadão quanto à cidade. Não sendo a última somente do proprietário, e exercendo esse o seu direito de propriedade dentro do solo urbano, o cumprimento da função social do seu direito nada mais faz do que respeitar os limites de exercício e gozo do mesmo, já que as frações do solo que titula também assim são dispostas a sua convivência, indissoluvelmente ligada a um entorno cheio de deveres correspondentes aos direitos dos outros e de toda a cidade. E, quando se diz acima "a garantia mínima" corresponde ao direito de morar, não se está pretendendo escamotear a dignidade de ninguém. O mínimo não

---

[240]GOMES, Rosângela Maria de Azevedo, op. cit., p. 141.
[241]FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46.
[242] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.
[243] GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-48.
[244] ALFONSIN, Jacques Távora. *Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 63-64.

> existe sem comparação com o máximo, o que significa que a garantia do mínimo, em bom português, não existe sem a limitação do máximo, ainda mais quando aquela garantia dispõe de espaço limitado como é o solo das cidades.

Note-se que o Brasil firmou diversos tratados internacionais no intuito de garantir o direito de moradia, sendo o primeiro deles a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo XXV, assim dispõe:

> toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias e fora de seu controle. [245]

Igualmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, ficou consignado que é direito de todos os setores da população a habitação adequada – Art. 34.

Na regularização fundiária, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade[246] deve ser visto como um direito difuso dos seus habitantes, que lhes permite tornarem-se sujeitos de direitos perante o Poder Público e o Poder Judiciário, e também questionar ou exigir o cumprimento desse princípio ao se verem diante de conflitos de interesses urbanos de intensa litigiosidade e complexidade. Por exemplo, a destinação de áreas para aterros sanitários e usinas de tratamento de lixo em áreas residenciais, ocupadas para fins de moradia por populações pobres e marginalizadas em regiões consideradas de preservação ambiental (manguezais e mananciais), ou ainda áreas para implantação de condomínios habitacionais de alto padrão, horizontais e verticais, sem o devido atendimento à legislação de parcelamento do solo urbano.[247]

As ocupações, sejam elas individuais ou coletivas, não se confundem com as invasões de bens particulares ou públicos. Nas invasões, o ato praticado de ingresso na coisa não possui como finalidade primária a exploração socioeconômica do bem, ele tem por objetivo

---

[245] ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. XXV.

[246]"Propriedade urbana é instituto que só existe como decorrência da existência da cidade. E esta existe funcionalizada à moradia, lazer, trabalho e circulação dignos. Logo, o atendimento à função social da cidade passa também pelos ditames da justiça sócio-urbanística, vetor que aponta para a maior integração possível entre os diversos segmentos sociais, realização na cidade do princípio da igualdade material e solidariedade. Em conclusão do que até aqui foi discutido: é a função social da cidade dado eminentemente realizador da democracia e da dignidade na cidade, que fundamenta a função social da propriedade urbana, conferindo ao instituto proprietário urbanístico conteúdo – em rigor, existência." BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Utilização compulsória da propriedade urbana. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.) *Direito da Cidade: Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 193.

[247] SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 217.

apenas provocar as autoridades públicas a implementar políticas sociais das mais diversas ordens. A invasão se caracteriza como um ato injusto, pois praticado com violência, clandestinidade ou precariedade, em face de um legítimo possuidor da coisa. Esses atos não deixam de ser contrários à lei, mesmo quando incentivados por grupos ou movimentos sociais que tenham como objetivo o fomento de políticas sociais. Mesmo que se identifique algum motivo nobre nessa atuação, o ato fere o direito social de moradia daqueles que se encontram no bem.[248]

Diferentemente do que ocorre na ocupação, que se traduz em um ato pacífico, no qual as pessoas que ingressam nas coisas buscam a sua subsistência e moradia em um imóvel em estado de abandono. Nesse ingresso, os ocupantes não encontram resistência por parte do

---

[248]RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA - O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA - A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto - enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade - reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. - Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico- -social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. O ESBULHO POSSESSÓRIO - MESMO TRATANDO-SE DE PROPRIEDADES ALEGADAMENTE IMPRODUTIVAS - CONSTITUI ATO REVESTIDO DE ILICITUDE JURÍDICA. - Revela-se contrária ao Direito, porque constitui atividade à margem da lei, sem qualquer vinculação ao sistema jurídico, a conduta daqueles que - particulares, movimentos ou organizações sociais - visam, pelo emprego arbitrário da força e pela ocupação ilícita de prédios públicos e de imóveis rurais, a constranger, de modo autoritário, o Poder Público a promover ações expropriatórias, para efeito de execução do programa de reforma agrária. - O processo de reforma agrária, em uma sociedade estruturada em bases democráticas, não pode ser implementado pelo uso arbitrário da força e pela prática de atos ilícitos de violação possessória, ainda que se cuide de imóveis alegadamente improdutivos, notadamente porque a Constituição da República - ao amparar o proprietário com a cláusula de garantia do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) - proclama que "ninguém será privado (...) de seus bens, sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). - O respeito à lei e à autoridade da Constituição da República representa condição indispensável e necessária ao exercício da liberdade e à prática responsável da cidadania, nada podendo legitimar a ruptura da ordem jurídica, quer por atuação de movimentos sociais (qualquer que seja o perfil ideológico que ostentem), quer por iniciativa do Estado, ainda que se trate da efetivação da reforma agrária, pois, mesmo esta, depende, para viabilizar-se constitucionalmente, da necessária observância dos princípios e diretrizes que estruturam o ordenamento positivo nacional. - O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). - Os atos configuradores de violação possessória, além de instaurarem situações impregnadas de inegável ilicitude civil e penal, traduzem hipóteses caracterizadoras de força maior, aptas, quando concretamente ocorrentes, a infirmar a própria eficácia da declaração expropriatória. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 04/04/2002.

titular do domínio e ali desenvolvem uma forma de viver dignamente. É claro que o proprietário pode-se valer das demandas possessórias ou petitórias para garantir seu direito de propriedade de caráter patrimonial e privado; contudo, no conflito desse direito com o direito de moradia de caráter extrapatrimonial e de interesse coletivo, deve este último prevalecer, sempre que se apurar o estado de abandono do imóvel por parte do seu titular.

Sobre esse conflito, afirma Dyrceu Cintra Junior:[249]

> Quando se tem num processo o titular de um direito de propriedade expresso no papel e a realidade de uma comunidade instalada no espaço que seria objeto daquele direito individual, o assunto tem que ser tratado de forma diferente da tradicional, com um olho na Constituição e outro voltado a uma incessante atividade hermenêutica que não descarte jamais o valor da justiça.

O processo de regularização fundiária visa então não apenas a trazer segurança jurídica individual e coletiva, mas, principalmente, garantir o direito fundamental de moradia, que, conforme visto no primeiro capítulo do estudo, sempre foi relegado pelo Estado nacional.

A regularização fundiária pode ser vislumbrada como uma das diretrizes do Estatuto da Cidade, bem como um desejo a ser cumprido pelo Estado Social.

Da regularização fundiária pode-se extrair algumas finalidades. A primeira delas decorre da possibilidade de se converter a posse em propriedade, assim como ocorre na usucapião, na aquisição social e onerosa da propriedade, ou ainda, na aquisição prevista na Lei nº 11.977/09. Uma segunda finalidade é de legitimar posses de imóveis públicos, como, por exemplo, nos casos de concessão de uso para fins de moradia. E uma terceira, realizar obras de infraestrutura básica, por meio da implementação de equipamentos urbanos[250] e comunitários, conferindo dignidade à moradia.

Diante do que prescreve o Estatuto da Cidade, principalmente em seu art. 2º, XIV, pode-se afirmar que a regularização fundiária nas cidades tem como objetivo conceder título de propriedade à população de baixa renda, o que passa por uma regularização das ocupações irregulares formadas por favelas, mocambos e palafitas, abstraindo-se da ideia da remoção,[251] tão praticada no passado.

---

[249] CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e a função social da propriedade. In: *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 300.

[250] Segundo a Lei de parcelamento do solo urbano nº 6.766/79 em seu artigo 4º, §2º, consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

[251] "Essa questão da remoção de favelas é algo a que, evidentemente, só se pode recorrer em condições excepcionalíssimas, quando haja perigo de vida para os próprios moradores, sendo certo que, diante de situações consolidadas, nem os imperativos ambientais mais fortes devem prevalecer. E a remoção, sempre excepcionalíssima, deve dar-se para locais próximos ao inicialmente ocupado." LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coordenadores) *Direito da Cidade: Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 12.

Sobre este mesmo artigo, Carlos Ari Sundfeld,[252] enxerga uma ordem urbanística popular que tem por finalidade regularizar as ocupações de baixa renda.

> até então a incompatibilidade entre as ocupações populares e a *ordem urbanística ideal* tinha como consequência a ilegalidade daquelas (sendo a superação desse estado um dever dos responsáveis pela irregularidade – isto é, dos próprios ocupantes). Com o Estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real.

Atualmente, diante do que dispõe o Estatuto da Cidade, ao enxergar a convivência entre o formal e o informal, trata-se de possibilitar a esse último não a sua extinção física, mas a sua extinção ilegal.

Fora o Estatuto da Cidade, tem-se ainda como importante instrumento de regularização fundiária, conforme acima mencionado, o disposto na Lei nº 11977/09.

A Lei em questão, conhecida como Minha Casa Minha Vida (MCMV), além de versar sobre incentivos financeiros para a aquisição da casa própria para aqueles com renda mensal de até R$ 4.650,00, traz em seu bojo, a partir do artigo 46, o procedimento de regularização fundiária, tanto de terras públicas como particulares ocupadas irregularmente por um processo de demarcação, legitimação de posse e concessão de título de propriedade indevidamente chamado de usucapião administrativa.

A finalidade desse procedimento é garantir o direito social de moradia, o desenvolvimento da função social urbana, bem como garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Lei 11.977/09 busca implantar um sistema menos burocrático de reconhecimento do direito de moradia previsto constitucionalmente. Entendeu o legislador que, ao suprimir do Judiciário a tutela do acesso à moradia – o que acontece, muitas vezes, por meio da demanda de usucapião –, poder-se-ia ter um processo mais célere para a conquista da terra legalizada.

O legislador, ao assim prever, não deixa de ter certa razão, uma vez que a demanda de usucapião requer a citação do titular da terra, dos confinantes e ainda prevê a citação por edital de eventuais réus que se encontrem em lugar incerto e de outros possíveis interessados no pleito; o que, além de trazer demora para o processo, gera um custo consideravelmente elevado, que, não raro, a parte interessada não tem condições de arcar.

E na demanda de usucapião, não há só a necessidade de intimação da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, mas também da intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. Por fim, elevando-se ainda

---

[252] SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal). São Paulo: Malheiros, 2002, p.58.

mais o custo, a petição inicial deve vir instruída com a planta do imóvel que se pretende usucapir.

A regularização fundiária de que trata a referida lei pode ser de duas espécies: de interesse social, quando incide sobre imóveis ocupados, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, cinco anos, por população de baixa renda, ou então incluídos em ZEIS (Zonas especiais de interesse social), ou ainda em áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social. Já a segunda espécie de regularização tutela o interesse específico que, segundo a Lei, visa os imóveis não caracterizados pelo interesse social.

Para se chegar ao título de propriedade, é necessário que a terra a ser regularizada se submeta a um procedimento de regularização. Para dar início a esse procedimento, é necessário um projeto de regularização fundiária elaborado pelos legitimados previstos no artigo 50 da lei.[253] No projeto, deve constar a área a ser regularizada, as vias de circulação, as medidas de segurança que protejam a tranquilidade da população e, ainda, a infraestrutura para as áreas comuns e medidas de sustentabilidade que garantam o bem-estar da comunidade que ali viverá.

Encaminhado à Prefeitura e aprovado o projeto, será então expedido pelo órgão competente o auto de demarcação, que é também um procedimento administrativo, no qual o Poder Público demarca o imóvel público ou privado, definindo limites, área, localização e confinantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses – Art. 47, III da Lei 11.977/09.

Concluído o auto de demarcação, deve ser ele encaminhado ao registro de imóveis da região, para que o oficial de registro promova a notificação de todos os proprietários constantes nas matrículas dos imóveis envolvidos para fins de impugnação no prazo de 15 dias. Não havendo impugnação, será o auto de demarcação averbado nas matrículas dos imóveis abrangidos pela regularização. Contudo, caso haja impugnação, cabe ao oficial do registro notificar o poder público para que este se manifeste, propondo a alteração do projeto

[253] Art. 50. A regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e também por: I – seus beneficiários, individual ou coletivamente; e II – cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária. Parágrafo único. Os legitimados previstos no caput poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive os atos de registro.

ou então outros meios que possibilitem o afastamento da impugnação. Caso ela seja restrita a um trecho da demarcação, o projeto segue quanto à parte não impugnada. [254]

Ultrapassada essa fase, o auto de demarcação será averbado e o projeto executado, levando a registro o parcelamento previsto no projeto. Após o registro, o Poder Público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados,[255] que, segundo a lei, é o ato pelo qual o Poder Público confere título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante, do tempo e natureza da posse.

Independentemente do tempo de posse anteriormente exercido, o agraciado com o título de legitimação deverá aguardar por mais cinco anos e, caso preencha os requisitos do §1º do artigo 60 da lei 11.977/09,[256] vai ter convertida a sua posse em propriedade.

Dois questionamentos surgem diante da possibilidade da perda do direito subjetivo de propriedade para o possuidor. O primeiro é saber se tal procedimento meramente administrativo pode ser considerado constitucional, uma vez que há a perda do direito

---

[254] Art. 57. Encaminhado o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, o oficial deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto. § 1º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar pessoalmente o proprietário da área e, por edital, os confrontantes e eventuais interessados para, querendo, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnação à averbação da demarcação urbanística. § 2º Se o proprietário não for localizado nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo poder público, a notificação do proprietário será realizada por edital. § 1º Realizadas as buscas, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação ao oficial de registro de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação da demarcação urbanística, no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º O poder público responsável pela regularização deverá notificar, por edital, eventuais interessados, bem como o proprietário e os confrontantes da área demarcada, se estes não forem localizados nos endereços constantes do registro de imóveis ou naqueles fornecidos pelo poder público para notificação na forma estabelecida no § 1º. § 4º Decorrido o prazo sem impugnação, a demarcação urbanística será averbada nas matrículas alcançadas pela planta e memorial indicados no inciso I do § 1º do art. 56. § 6º Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá notificar o poder público para que se manifeste no prazo de 60 (sessenta) dias. § 7º O poder público poderá propor a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada. § 8º Havendo impugnação apenas em relação à parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento seguirá em relação à parcela não impugnada. § 9º O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público. § 10. Não havendo acordo, a demarcação urbanística será encerrada em relação à área impugnada.

[255] Art. 167 da Lei nº 6.015/73- No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: 41. da legitimação de posse;

[256] Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. § 1º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. § 2º As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público. § 3º No caso de área urbana de mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião.

subjetivo de propriedade sem o devido processo legal e, consequentemente, sem o direito à ampla defesa e ao contraditório, manifestada pelo Poder Judiciário – Artigo 5º, XXXV e LIV da Constituição Federal.

A doutrina vem entendendo que sim, pois é conferido ao proprietário o direito de impugnar o auto de demarcação, e, em razão dessa impugnação, a área questionada será excluída do projeto de regularização.

Guilherme Calmon[257] afirma ser fundamental perceber as novidades brotadas no direito pátrio pela Lei nº 11.977/09 e, "assim, reconhecer a presença de nova modalidade de usucapião que passou a existir, a saber, a usucapião administrativa em decorrência da regularização fundiária por interesse social". Compreende-se, com isso, que o autor entende pela constitucionalidade da medida.

Escrevendo em 2008, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei 11.977/09, assim se posicionava Marco Aurélio Bezerra de Melo,[258] quanto à possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião nas favelas.

> O fenômeno da desjudicialização das relações jurídicas pode ser compreendido como uma prática jurídica em que se busca um mecanismo exógeno ao Poder Judiciário, a fim de ver alcançado um resultado efetivo do direito sem a intervenção direta da atividade jurisdicional. Assim, sempre que houver a possibilidade de se ter um resultado justo para alguma pretensão e esta puder ficar a cargo das partes e de outros agentes do Estado, é legítima a busca desse procedimento que além de ser mais efetivo, é também o que acarreta menores ônus para o Estado e para as partes. Recomenda o bom senso que se deixe patente a impossibilidade de justificação para qualquer tentativa de afastar o Poder Judiciário da solução de interesses em conflito, pois a admissão disto seria o mesmo que vulnerar o disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB, ou seja, a garantia ao cidadão que reputa inconstitucional qualquer lesão ou ameaça a direito. [...] Desjudicializar não é amesquinhar a atividade jurisdicional, mas sim conferir maior importância a ela, de modo, por exemplo, a permitir que se cumpra o comando do artigo 5º, LXXVIII da CRFB, positivado no âmbito da Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 que assim prescreve: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O segundo questionamento surge em razão da possibilidade de se reconhecer direito de propriedade a particulares sobre bens públicos. Essa dúvida ganha força quando a doutrina classifica essa forma de aquisição da propriedade como uma usucapião administrativa, e, conforme é sabido, não há possibilidade de usucapião das terras públicas.

Rosângela Gomes,[259] quando se manifesta acerca da questão, interpreta a expressão "tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal",

---

[257] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, op. cit., p. 337.
[258] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.142-143.

prevista no artigo 60 da estudada lei, “como necessidade de um processo judicial na forma da usucapião urbana para moradia.”

Quanto a essa questão do bem público, realmente não é possível sua aquisição por usucapião, segundo a Constituição Federal, mas a lei não impossibilita a sua venda a particulares. Logo, os bens públicos, quando declarados pelo Poder Público como de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, passam a ser entendidos como desafetados e, consequentemente, integrantes do rol dos bens dominicais. De qualquer forma, os bens dominicais não podem ser usucapidos, mas estão sujeitos à legitimação de posse e à preferência para aquisição conforme a Lei 6.383/76. A essa aquisição aplica-se o artigo 60, §1º, da Lei 11.977/09.

A intenção do legislador com a Lei 11.977/09 foi trazer uma forma mais célere e menos burocrática de conceder título de propriedade à população de baixa renda. Contudo, pode-se perceber que é mais uma tentativa em relação à qual não se tem muitas esperanças, pois a burocracia deixou o campo do Judiciário para ingressar no campo do Administrativo – que também não é dotado da eficiência prevista pelo legislador. Estão aí os planos diretores que comprovam essa ineficiência, conforme exposto no primeiro capítulo.

Ademais, o Brasil é um país continental e pobre em muitas de suas regiões, e a regularização fundiária, prevista na Lei em estudo, trata de um procedimento a ser administrado pelos municípios, que, em sua maioria, não estão devidamente aparelhados (equipamentos, tecnologia, pessoal, etc.) para desenvolver a regularização fundiária.

Dessa forma, acredita-se que a aquisição social onerosa da propriedade é um importante instrumento que pode facilitar a regularização fundiária, pois, apesar de ser submetida ao Poder Judiciário, não encontra as dificuldades previstas nas demandas de usucapião.

A aquisição social onerosa deve se submeter ao procedimento comum ordinário, sumário ou até mesmo ao sumaríssimo, pois as demandas possessórias, dependendo do valor da causa, estão atreladas à Lei 9.099/95, e como visto, a aquisição social e onerosa pode ser deduzida nas demandas possessórias.

É claro que para o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil ganhar força, como quis Miguel Reale, é necessário maior comprometimento daqueles envolvidos no processo de regularização fundiária. Esse comprometimento passa não apenas pelas associações de moradores dessas comunidades, mas, principalmente, por aqueles responsáveis em aplicar o

---

[259] GOMES, Rosângela Maria de Azevedo Gomes. *A usucapião administrativa:* breves considerações. Disponível em: <www.hcg.adv.br>. Acesso em 08 jun. 2013.

direito, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil que poderiam atuar diretamente nesse processo, não apenas orientando as pessoas carentes sobre seus direitos, mas instrumentalizando-os por meio de demandas.

> É inegável que o direito encontra-se em um momento histórico no qual novas posturas devem ser adotadas diante das diferentes formas com que se apresentam as relações jurídicas. Novos padrões para a aplicação da norma e sua interpretação precisam ser reconhecidos. Ao jurista, ao magistrado, ao advogado, enfim, a todos aqueles que se defrontam no dia-a-dia dos tribunais com a realidade inovadora dos fatos sociais, cabe o desafio constante da busca de soluções que viabilizem a justiça sem gerar um ônus de espera para as partes envolvidas. [260]

[260] GOMES, Rosângela Maria de Azevedo. O direito à moradia como valor integrante do direito à vida digna. In*:* KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Coord.). *Direitos Fundamentais e Novos Direitos* (2ª Série). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

CONCLUSÃO

Espera-se que os objetivos propostos na presente dissertação tenham colaborado, não para encerrar a discussão sobre o tema aqui exposto – o que seria uma pretensão inatingível –, mas para, ao menos, trazer uma reflexão acerca dos pontos obscuros que maculam o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

A aquisição social e onerosa da propriedade, assim como a redução dos prazos para usucapião, e, ainda, a vedação da exceção de propriedade nas ações possessórias são mudanças importantes a favor do reconhecimento da posse e de sua conversão em propriedade.

Com o presente regramento, pretende o legislador reduzir a situação marginal e irregular em que os ocupantes se colocam e proteger a dignidade da pessoa humana e seus corolários de igualdade e solidariedade – princípios constitucionais de grande densidade axiológica.

É claro que ainda se está distante daquilo que se entende como ideal (a sua paridade com o direito de propriedade) em termos de tutela da posse, em razão, sobretudo da origem dos nossos conceitos, valores e conduta, ainda enraizados nos princípios do direito liberal e individual, para o qual a propriedade era, e ainda é, a grande válvula propulsora de reconhecimento econômico de uma sociedade.

De qualquer forma, faz-se desnecessário, nesse momento ainda embrionário de mudanças de paradigma, tecer críticas ao legislador e taxá-lo de retrógrado ou ver no artigo 1228, §§ 4º e 5º uma modalidade esdrúxula de desapropriação, conforme afirmou Silvio Venosa,[261] mas deve-se reconhecer a essência e os valores da mudança de pensamento e acreditar no início de uma sociedade justa e solidária que, como se sabe, não se constrói de forma abrupta e sem o diálogo democrático.

Deve-se entender o artigo como o início, um primeiro passo, de um processo longo e duradouro de reconhecimento da posse autônoma. Espera-se, pois, que o artigo 1228, §§4º e 5º, não seja apenas mais uma letra morta produzida pelo Legislativo e possa, no seguir dos anos, ser aplicado em sua plenitude.

Para tanto, conforme demonstrado, deve-se trabalhar essa conquista do título de propriedade de forma autônoma, desvinculada de qualquer outro instituto, ou seja, não devem

---

[261] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. *Direito das Coisas*. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2008, pag.154.

os operadores do direito considerá-lo como uma desapropriação ou uma modalidade de usucapião, entre outras conexões, pois essas correlações sempre trarão entraves que prejudicarão a aplicação na plenitude do instituto.

Logo, entendê-lo como um modo de aquisição de propriedade é um simples passo para a eficácia do instituto, que carece de uma regulamentação processual. Isso, de forma alguma, inviabiliza a sua afirmação, pois o procedimento comum existe justamente para garantir o acesso à justiça, conforme previsto na CRFB, sendo certo que a analogia às características da acessão artificial pode facilitar esse processo de sustentação judicial.

O artigo em questão também é um importante instrumento de regularização fundiária, ainda mais quando não se tem respaldo para essa regularização no Estatuto da Cidade: não pelos seus mecanismos, mas pela falta de vontade política de colocá-los em prática ou ainda pela deficiente técnica dos planos diretores criados, o que somente faz aumentar o caos habitacional que se vivencia hoje.

Essa importância do instituto em estudo, também para efeitos de regularização fundiária, ganha relevo ainda quando se tem verificado na prática sérias dificuldades para o processamento de uma demanda de usucapião, ou ainda, diante da complexidade da regularização prevista na lei n. 11977/09.

Por outro lado, o intérprete deve entender que a aquisição social e onerosa da propriedade existe para proteger o possuidor que exerce a posse com função social e não o proprietário desidioso e que, portanto, os requisitos devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Observa-se, nos dias de hoje, para a usucapião, que os requisitos previstos na lei para a obtenção do direito de propriedade por meio da posse serve como forma de defesa da propriedade e não da posse em si, tamanha a dificuldade criada para se demonstrar o preenchimento de tais requisitos.

Após o estudo das questões em torno da problemática investigada e os institutos a ela correlatos, mesmo que não seja de forma definitiva, pode-se apresentar algumas conclusões sobre o assunto desenvolvido.

1) Especificamente no Brasil Colônia, com o fracasso inicial das capitanias hereditárias e, posteriormente, com as sesmarias, marcou-se o começo da grande questão fundiária agrária no território brasileiro, que, mais tarde, vir-se-ia a constituir em latifúndio improdutivo, porque as grandes terras outorgadas não eram suficientemente exploradas nem ocupadas por seus titulares.

2) Quanto ao sistema brasileiro de sesmarias, o que preponderou para o seu fracasso foi a forma utilizada pelo governo português com relação à distribuição de terras, ou seja, não

se respeitavam os critérios técnicos estabelecidos pelo ordenamento e recebiam as terras, frisa-se, grandes terras, quem possuía influência política e econômica perante os governadores. A questão era subjetiva e discriminava o pequeno agricultor, violando as regras contidas no Alvará de 08 de dezembro de 1590.

3) Através da Lei nº 601/50, o legislador buscou a formação da pequena propriedade, cujo objetivo era romper com a política até então praticada. A propriedade deixaria de ser um privilégio, passando a ser considerada uma mercadoria, o que possibilitaria seu acesso à camada mais humilde da população. Contudo, a caracterização da terra como mercadoria, sob o império do individualismo e liberalismo vigentes, atrelada ainda à necessidade de pagamento para a legitimação de posses, acabou gerando a falta de acesso à terra do modo formal imaginado pelo legislador de 1850, que se reproduziu posteriormente com o advento do Código Civil de 1916 e também com a atual codificação.

4) O ser humano encontra no ato de possuir a forma mais pura de exercer sua liberdade. Por meio da posse de bens, obtém sustento, riqueza e até mesmo poder. Principalmente hoje vivemos em um tempo em que as pessoas são medidas por aquilo que possuem e não pelas condutas que praticam em sociedade.

5) Na posse autônoma funcionalizada, vivencia-se com maior intensidade a função social, pois, para o possuidor ali se manter, deve constantemente praticar sobre a coisa atos que demonstrem correlação com a posse-moradia, posse-trabalho ou, ainda, respeito ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 1228 do Código Civil, que, apesar de se referir ao direito de propriedade, expõe, na verdade, uma conduta esperada por aquele que está na posse da coisa.

6) A posse não deve ser protegida tão somente para se evitarem atos de violência contra o proprietário, conforme pregava Savigny em sua teoria subjetiva da posse, muito menos, ser considerada, como queria Ihering, uma forma mais simples e célere de defesa da propriedade.

7) As teorias sociais da posse procuram demonstrar sua autonomia como um direito que decorre da apropriação econômica sobre a coisa e não apenas como um poder de fato sobre o bem, conforme defende o Código Civil nacional. Um dos seus defensores é Raymond Saleilles, ao afirmar que haverá posse quando o individuo que se encontra no bem consegue demonstrar uma situação que, de fato, aponte para a independência no uso econômico da coisa: quando não se vislumbra qualquer interferência por aquele que tem o conhecimento da ocupação e se sinta lesado com a perda da posse, mas nada faz para reverter o quadro. Caso não verificada essa independência econômica, o que se tem é mera detenção sobre a coisa.

8) Pelo princípio da função social, previsto constitucionalmente, não há mais a faculdade do não uso da coisa, em outras épocas preservado pelo caráter absoluto da propriedade, pois é por meio, por exemplo, da posse-moradia, da posse-trabalho, do respeito ao meio ambiente equilibrado com a preservação da flora e da fauna que o titular da coisa cumpre com a função social, e confere substância ao princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo não apenas aos interesses individuais, mas, principalmente, aos coletivos perseguidos pela sociedade. Assim, a Aquisição Social Onerosa da Propriedade é mais um dos institutos que atuam como forma de coagir o proprietário a abandonar o estado de inércia em que se encontra e efetivamente atuar sobre a coisa de modo a lhe dar uma destinação socioeconômica. Trata-se de um instituto que busca afastar a faculdade conferida ao proprietário, diante do direito subjetivo que lhe pertence, de simplesmente não se utilizar da coisa, pois assim agindo, pode, em um futuro próximo perder a titularidade do bem para aquele que a utiliza conforme requer a Constituição Federal

9) Apesar do Código Civil de 2002 se manter conservador, conforme salientado por certa parte da doutrina, não significa dizer que, por outro lado, não foi inovador, já que, a despeito de conceituar a posse de forma abstrata e unitária, com sujeição à propriedade, ameniza-se a concepção patrimonialista e utilitarista no restante do tratamento da matéria. Confere-se à posse um tratamento sistemático aperfeiçoado, em comparação ao Código de 1916, com relevantes manifestações de uma intenção de dotá-la de autonomia em relação ao direito de propriedade. A intenção do legislador de conferir maior relevância à posse se faz presente na redução dos prazos para a usucapião (artigos 1238 e 1242), na impossibilidade de se arguir em defesa, nas ações tipicamente possessórias, à exceção de domínio, bem como no artigo 1228, §4º do CC.

10) A constitucionalidade do dispositivo é defensável, uma vez que se trata de instituto que busca, por meio dos seus requisitos, conceder a função social prevista constitucionalmente ao direito de propriedade, sendo certo que o direito de propriedade hoje protegido é aquele que é exercido segundo a sua função social. Logo não há qualquer vício de inconstitucionalidade que inviabilize a aplicação da aquisição social onerosa da propriedade.

11) Quanto à natureza jurídica do instituto, entendeu-se que, na verdade, ele nada mais é do que um modo de aquisição originário da posse. Ao ser paga uma determinada indenização ao proprietário, ela transforma-se em propriedade. Trata-se, portanto, de um novel instituto com regramento próprio, e não se deve prender a modelos jurídicos já existentes para classificá-lo, mas considerá-lo como uma nova forma de aquisição da posse e,

consequentemente, da propriedade, que encontra seu fundamento de validade constitucional na função social.

12) Diante de toda a problemática conceitual e jurídica apresentada nesse trabalho, sugeriu-se, nesta dissertação, como sendo sua natureza jurídica uma forma de aquisição social, onerosa e privada da propriedade. É uma aquisição, pelo fato de o ato partir da vontade manifesta expressamente pelos ocupantes em defesa na demanda reivindicatória proposta pelo proprietário, que querem, consequentemente, a regularização da propriedade ocupada, pois se assim não o fosse, arguiriam a usucapião urbana coletiva. A vontade não se limita a um ato dos ocupantes, pode-se ainda ser vislumbrada de forma implícita por parte do próprio proprietário, primeiro, quando deixa um bem de sua titularidade ser ocupado por terceiros; e, segundo, quando pretende, após um longo período de tempo, reivindicá-lo. Ao assim agir, o proprietário deixa clara a sua intenção de ter de volta o bem, ou receber uma indenização (que deve ser entendida como preço), pois, no seu íntimo, sabe que, pelo prazo já ultrapassado, os ocupantes vão requerer a área, seja por meio do artigo em estudo ou da usucapião.

13) Quanto aos requisitos previstos no dispositivo, à exceção do fator tempo, todos os outros podem ser entendidos como conceitos jurídicos indeterminados, que é uma técnica legislativa que confere ao magistrado maior flexibilidade ao proferir determinado julgamento. Por meio da referida técnica, ele não realiza apenas a subsunção do fato à norma, mas passa a ser criador e livre intérprete da lei, ou seja, são normas que não definem parâmetros de conduta, mas sim parâmetros de interpretação.

14) Quanto à possibilidade de arguição do instituto nas demandas possessórias, entendeu-se pela sua aplicação, pois, a aquisição social onerosa da propriedade é um instituto que protege a posse exercida com função social e, por estar atrelada a princípios constitucionais de segunda dimensão, deve ter especial proteção do sistema jurídico e ser interpretada extensivamente.

15) Da mesma forma, entendeu-se pela aplicação do instituto frente aos bens públicos, a partir do viés social dessa aquisição e pelo fato de não se tratar de usucapião, e, ainda, por estar o imóvel sem qualquer destinação pública pretendida pela Administração Pública.

16) A indenização a ser paga ao proprietário não deixa de ser uma faculdade para o possuidor, uma vez que a posse não está condicionada à propriedade, mas sim ao exercício de uma posse-trabalho ou moradia. Portanto, o proprietário perde o poder jurídico sobre a posse após ultrapassados cinco anos de posse qualificada, contudo permanece como legítimo

proprietário enquanto não paga a indenização pelos ocupantes, esvaziada, é claro, pela ocorrência da função social da posse introduzida pelos possuidores.

17) A responsabilidade pelo pagamento deverá recair sobre os possuidores, pois, a partir do momento em que anuíram com as regras dispostas no texto legal (ao alegar em defesa a aquisição social), consentiram com o pagamento da indenização. Note-se que os possuidores, ao buscarem a interversão da posse por meio de um fato de natureza jurídica, quando alegam em defesa o artigo 1228, §§ 4º e 5º, pretendem, na verdade, adquirir o imóvel – o que também é da vontade do reivindicante. Ao ingressar com a demanda petitória, eles já sabiam que, com o passar do tempo e o exercício pelos ocupantes da posse qualificada, não teriam sucesso no pleito reivindicatório, mas, provavelmente, seriam ressarcidos por serem os titulares do direito subjetivo de propriedade.

18) A participação do Estado quanto a esta aquisição pode se dar, não com o pagamento efetivo da indenização, mas a partir de linhas de crédito concedidas por instituições financeiras públicas a essas famílias, conforme ocorre com o programa "Minha Casa Minha Vida", implementado pela Lei 11.977/09 e modificado recentemente pela Lei 12.424/11, ou ainda por linhas de crédito concedidas pelo BNDES.

19) Por fim buscou-se apresentar a aquisição social onerosa da propriedade como importante instrumento facilitador da regularização fundiária, pois, apesar de submetida ao Poder Judiciário, não encontra as dificuldades previstas nas demandas de usucapião; o dispositivo estudado, ao implementar a regularização fundiária, protege o direito fundamental de moradia e, invariavelmente, da intimidade, privacidade e dignidade do ser humano, pois é da essência do ser humano, diferentemente de outros animais, a fixação de território, a formação de família e a vida em sociedade.

Diante das reflexões apresentadas e a partir do estudo da ciência do Direito como transformador da realidade nem sempre justa, quis-se demonstrar o Direito, não como pressão do passado condicionando o presente, mas a própria transformação do presente e construção do futuro, na busca incansável de um mundo mais solidário e fraterno para todos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de Almeida. *A evolução urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IPP, 2008.

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

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006. p. 53-74

ALFONSIN, Jacques Távora. *Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade e reforma urbana:* novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ARAÚJO, Barbara Almeida de. *A posse dos bens públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ASCENSÃO. José de Oliveira. *Direito Civil:* Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Ainda a reforma urbana:* notas sobre algumas conquistas institucionais: mecanismos de concretização dos Conselhos de Participação Popular. Petrópolis: Reproarte Gráfica, 1991.

_____. *Sobre o papel do direito na sociedade capitalista.* Ocupações coletivas: direito insurgente. Petrópolis: Ed. Centro de Defesa dos Direitos Humanos (CDDH) de Petrópolis, 1989.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Ano 2, n. 9, p. 73-93, nov./dez. 2005.

BIASOTTO, Rosane; OLIVEIRA, Fabrício Leal de. O acesso à terra urbanizada nos planos diretores brasileiros. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). *Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade:* balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011. p.57-98

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONDUKI, Nabil. Crise de Habitação e a luta pela moradia no pós-guerra. In: KOWARICK, Lúcio; ANT, Clara. *Cem anos de promiscuidade*: O cortiço na cidade de São Paulo. As lutas sociais e a cidade. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1988. p. 95-133

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade urbana privada e direitos sociais*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Utilização Compulsória da propriedade urbana. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord.). *Direito da Cidade:* novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 179-228

CARVALHO, José Murilo. *Os Bestializados* – O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARDOSO, Adauto Lúcio; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBERIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs). *Reforma Urbana e Gestão Democrática. Promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.103-119

CARDOSO, Adauto Lúcio. A Cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs.). *Reforma urbana e gestão democrática.* Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 27-51

CARDOSO, Fernanda Lousada. Instrumentos de efetivação da função social da propriedade: o usucapião especial urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, n. 01, p. 91-106, maio 2006.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos Humanos e a função social da propriedade. In: A QUESTÃO agrária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, [S.l.], v. 1, n. 3, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/123/166>. Acesso em: 20 abr. 2009.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *A posse:* perspectivas dogmáticas actuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A nova proteção possessória. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 249-276.

DE GRÁZIA, Grázia. Reforma Urbana e Estatuto da Cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs). *Reforma urbana e gestão democrática.* Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p 53-70

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCÃO, Joaquim. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Invasões urbanas:* conflito de direito de propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p.95-120

FERNANDES, Eudésio. Regularização de assentamentos informais: O grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In: ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização Fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006. p.17-27

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

GIL, Antonio Hernandez. *La Función social de La Posesión*. Madri: Alianza, 1969.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Rosângela Maria de Azevedo Gomes. *A usucapião administrativa:* breves considerações. [S.l.: s.n., 200-] Disponível em: <www.hcg.adv.br> >. Acesso em: 08 jun. 2013.

_____. O direito à moradia como valor integrante do direito à vida digna. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Coord.) *Direitos fundamentais e novos direitos* (2ª Série). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.137-156

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 10. ed. 1988.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Posse e ações possessórias.* Curitiba: Juruá, 1994, v. 2.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. *Revista de Direito da Cidade/Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, n. 01, p. 149-164, jan/jul. 2006. Habra.

_____. Progéria Social. A Elite e a Miséria Absoluta. Estados e Sociedade Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 79, ano XXVI, p.1-22, 1993.

_____. Questão urbano-ambiental. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 10, n.38, p. 17-52. 2007.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. PELUSO, César (Coord). 2. ed. São Paulo: Manole, 2008.

MACIEL, Fabianne Manhães. Direito da cidade e função social da cidade. In: MOTA, Maurício (org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 191-217.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade*. São Paulo: Tribuna do Direito, Maio de 2002. p. 15-16

MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MATTOS, Liane Portilho. *Nova Ordem Jurídico Urbanística*: Função social da Propriedade na Prática dos Tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Teoria Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, tomo V.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil.* 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual:* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTA, Maurício Jorge Pereira; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A função social da posse no Código Civil. In: *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTA, Maurício Jorge Pereira. Fundamentos Teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. *Rev. Jur.*, Brasília, DF v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil:* A gestação do conflito, 1795-1824. São Paulo: Alameda, 2009.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNO, Luiz Madureira (coord.). *História do trabalho e das ocupações*. A agricultura: dicionário das ocupações. (org. por Conceição Andrade e Nuno Gonçalo Monteiro). Oeiras: Celta Editora, 2002, v. 3.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito Civil.* Direitos Reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Marlene de Paula Pereira. Releituras da teoria possessória: da posse como projeção do direito de propriedade a um instituto autônomo e transformador da realidade social. In: MOTA, Maurício (org.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 147-168.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA, Álvaro. O uso do solo em conflito: a visão institucional. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Invasões urbanas:* conflito de Direito de Propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 211-245

PORTO, Costa. *Estudo sobre o sistema sesmarial*. Recife: Imprensa Universitária, 1965.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1964.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-27

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. *Anais dos Seminários EMERJ debate o Novo Código Civil – Parte I*. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 9-34, Fev./jun. 2002.

RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela Acessão Invertida Social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 34, p. 71-91, abr./jun. 2008. Padma

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão de moradia***.** São Paulo: Nova Cultural; Brasiliense, 1985.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. O Estatuto da Cidade e a questão urbana brasileira. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (orgs.). *Reforma urbana e gestão democrática.* Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 11-26.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado "privado" e o lado "público" da vida social e histórica. *Revista Ciência e Trópico*. Recife, vol. 11, n. 1, p. 105-121, jan./jun. 1983, Fundação Joaquim Nabuco

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SALLES, Venício Antônio de Paula. Regularização Fundiária: questões enfrentadas pelos grandes centros urbanos; Dificuldades procedimentais para o implemento das metas tendentes à melhor organização das cidades. In: ROLNIK, Raquel (org.). *Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006. p. 97-137

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 35-98

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. VI.

SERRA, Maria Teresa Fernades; SERRA, Mozart Vitor. As invasões de terra urbana: o alcance e as limitações da economia neoclássica no seu exame. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Invasões urbanas:* conflito de Direito de Propriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 145-210

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Leandro Ribeiro. *Propriedade Rural*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

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

SOARES, Fernando Luso. Ensaio Sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In: RODRIGUES, Manuel (org.). *Posse: estudo de direito civil português*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. XI – CXXI.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (orgs.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal)*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44-60.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no Direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 101-119. Jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAIS, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.v. III.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2010, v. XIV.

_____. O velho projeto de um revelho Código Civil. In: *Temas de Direito Civil***.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, tomo III.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A posse e propriedade* – Um conflito em torno da função social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.) *Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 313-339.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito da Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* Direitos Reais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, Volume XVI: dos Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.