

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

MARCELO JOSÉ FORIN

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-  
TRABALHO: NOVA MODALIDADE BRASILEIRA DE  
DESAPROPRIAÇÃO**

MARÍLIA  
2018

MARCELO JOSÉ FORIN

**A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-  
TRABALHO: NOVA MODALIDADE BRASILEIRA DE  
DESAPROPRIAÇÃO**

Dissertação de Mestrado ofertada ao Programa de Pós-Graduação *strito senso* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNVEM, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Luís Henrique Barbante Franzé.

MARÍLIA  
2018

FORIN, Marcelo José.

A desapropriação judicial por posse-trabalho: nova modalidade brasileira de desapropriação/Marcelo José Forin; Orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé, SP: [s.n], 2018.

144fl.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

1 Posse. 2 Propriedade. 3 Função social da propriedade. 4 Posse-trabalho. 5 Desapropriação judicial privada por posse-trabalho. 6 Usucapião especial coletivo. 7 Tutela da posse e da propriedade na Constituição Federal e no Código Civil. 8 Desapropriação de bens públicos. 9 Indenização judicial da desapropriação privada. 10. Nova modalidade brasileira de desapropriação.

CDD: 342.12341

Dedico este trabalho ao Excelentíssimo Presidente da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” e Magnífico Reitor do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Doutor Luiz Carlos de Macedo Soares, por ter me

proporcionado a chance de concluir um sonho  
que sonhava e agora é realidade.

#### AGRADECIMENTOS

Ao Excelentíssimo Vice-Reitor do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM,  
Luiz Fernando Cardoso, amigo de todas as horas e posições firmes.

Ao Professor Doutor Nelson Finotti Silva, arguto orientador que deu início a minha  
orientação.

Ao Professor Doutor Luís Henrique Barbante Franzé, profícuo orientador que soube dar  
continuidade à orientação, salientando as possibilidades com sutileza e exaltada virtude.

Aos Professores Doutores Layaette Pozolli e Cláudio José Amaral Bahia que tiveram a  
paciência com efeitos mágicos para transformar as dificuldades e sumir os obstáculos.

À Valéria Leal Forin, minha doce amada minha alegria, meu conto de fada minha fantasia,  
a paz que eu preciso prá sobreviver.

Que nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as

nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível.

*Giovani Pico Della Mirandola*

FORIN, Marcelo José. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho. 144fl. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

## RESUMO

Ao ser promulgado o Código Civil/2002, depois de quase três décadas de discussão no Congresso Nacional, inaugurou-se uma nova era: do direito civil constitucional. Desse modo, a Constituição Federal efetivamente passou a ser a fonte principal das normas civilista, o que não ocorria na antiga codificação de 1916. Essa constitucionalização fortaleceu a principiologia constitucional, em especial no que diz respeito aos direitos e às garantias fundamentais. A moradia, um desses pilares, previsto no art. 6º da Constituição Federal, foi tratado nesse novo modelo, nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002. Uma inovação e instituto exclusivo do Brasil, que trouxe novos conceitos sobre a posse e a propriedade, os quais não são mais interpretados se não estiverem unidos ao conceito de função social da posse ou da propriedade; daí despontando um novo conceito de posse-trabalho. Esse conceito só autoriza a proteção possessória ou dominial quando o exercício de fato sobre a coisa estiver acompanhado de algum elemento realizador de cunho objetivo socioeconômico, com o emprego do trabalho e capital. Introduziu-se uma nova modalidade de desapropriação, descartando-se a usucapião especial coletiva, cabendo ao Poder Judiciário, depois de analisados os requisitos legais, deferir a pretensão, servindo a sentença como título de transferência de domínio do registro imobiliário. O proprietário que for privado da coisa será indenizado de forma a ser compensado pela perda dela. A questão a ser desvendada, e que foi enfrentada, diz respeito ao responsável por essa indenização. Assim como os bens particulares estão sob a possibilidade da desapropriação, os bens públicos também estão, diante da inexistência da proibição constitucional e por estarem esses bens públicos sujeitos a dar função social à posse e a propriedade. Desse modo, a desapropriação judicial por posse-trabalho é instituto constitucional que será de grande utilidade para o exercício do Estado Democrático Social de Direito.

Palavras-chave: 1 Posse. 2 Propriedade. 3 Função social da propriedade. 4 Posse-trabalho. 5 Desapropriação judicial privada por posse-trabalho. 6 Usucapião especial coletivo. 7 Tutela da posse na Constituição Federal e no Código Civil. 8 Desapropriação de bens públicos. 9 Indenização judicial da desapropriação privada. 10. Nova modalidade brasileira de desapropriação.

FORIN, Marcelo José. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho. 144fl. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”.

#### ABSTRACT

When the Civil Code/2002 was promulgated, after almost three decades of discussion in the National Congress, inaugurated a new era, constitutional civil law, and thus the Federal Constitution effectively became the main source of civilian norms, which did not occur in the old codification of 1916. This constitutionalisation strengthens constitutional principles, especially as regards fundamental rights and guarantees. The dwelling, one of these pillars, provided for in art. 6 of the Federal Constitution, was treated in this new model in paragraphs 4 and 5 of art. 1.228 of the Civil Code/2002. This is innovation and exclusive institute of Brazil, which brings new concepts about ownership and possession, which are no longer interpreted unless they are linked to the concept of social function of possession or ownership; from there emerging a new concept: of possession-work. This concept only authorizes the possessory or dominial protection when the exercise of fact on the thing is accompanied by some objective element of socioeconomic goal, with the employment of labor and capital. It introduced a new modality of expropriation, discarding the special collective misappropriation, leaving it to the Judiciary, after analyzing the legal requirements, to grant the claim, serving the sentence as a transfer title of the real estate registry. The owner who is deprived of the thing will be compensated in order to be compensated for the loss of it. The issue to be unveiled and that was addressed, concerns the person responsible for such compensation. Just as private property is under the possibility of expropriation, so public goods are, in the face of the inexistence of the constitutional prohibition and because these public goods are subject to give social function to possession and property. Thus, judicial expropriation by possession-work is a constitutional institute that will be of great use for the exercise of the Democratic Social State of Law.

Keywords: 1 Possession. 2 Property. 3. Social function of property. 4. Possession-work. 5. Private judicial deprivation for possession-work. 6. Collective special acquisitions. 7. Tutorship of possession in the Federal Constitution and in the Civil Code. 8 Expropriation of public property. 9 Judicial indemnification of private expropriation. 10 New Brazilian modality of expropriation.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 – A POSSE, A PROPRIEDADE E A POSSE-TRABALHO</b>	
1.1 Neoconstitucionalismo e a função invasora da Constituição .....	12
1.2 Noção de posse .....	14
1.3 A função social da posse .....	18
1.4 Confronto entre as teorias de Ihering e de Saleilles .....	21
1.5 Noção de propriedade .....	22
1.6 A função social da propriedade .....	25
1.7 Posse e propriedade como direitos fundamentais .....	31
1.8 A posse-trabalho .....	34
1.9 O direito social como instrumento de realização da posse, da propriedade e da posse-trabalho .....	35
1.10 Direito social x direito fundamental.....	39
<b>CAPÍTULO 2 – A NORMATIVIDADE (NORMAS E PRINCÍPIOS) DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO</b>	
2.1 Considerações iniciais .....	43
2.2 Princípios que se relacionam com o tema no atual período do direito civil constitucional .....	47
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	49
2.2.2 Princípio da igualdade .....	53
2.2.3 Princípio da liberdade .....	57
2.2.4 Princípio da função social .....	58
2.2.5 Princípio da eticidade .....	59
2.2.6 Princípio da socialidade .....	60
2.2.7 Princípio da operabilidade ou concretude .....	60
2.2.8 Princípio da autonomia privada .....	62
2.2.9 Princípio da boa-fé objetiva .....	63
2.3 Fundamentos do Código Civil de 1916 .....	65
2.4 Fundamentos do Código Civil de 2002 .....	69
2.5 Fundamentos do direito administrativo .....	72
2.6 Regra ou princípio a desapropriação judicial privada por posse-trabalho? .....	74
<b>CAPÍTULO 3 – AS TEORIAS JURÍDICAS DO PROCEDIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO</b>	
3.1 Desapropriação no Brasil .....	78
3.1.1 Desapropriação na Argentina .....	79
3.1.2 Desapropriação na Alemanha .....	81
3.1.3 Desapropriação em Portugal .....	81
3.2 Fundamentos da usucapião .....	85

3.2.1 Usucapião na França .....	87
3.2.2 Usucapião em Portugal .....	89
3.2.3 Usucapião na Espanha .....	91
3.2.4 Usucapião no México .....	92
3.3 Usucapião especial coletivo .....	92
3.4 Direito potestativo e os direitos fundamentais .....	94
3.5 Natureza jurídica da desapropriação judicial privada por posse-trabalho .....	96
3.6 Fundamentos da desapropriação judicial por posse-trabalho .....	100

#### **CAPÍTULO 4 – PECULIARIDADES DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO**

4.1 Da constitucionalidade do instituto .....	107
4.2 O proprietário também pode ser <i>privado</i> da coisa — art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002 .....	108
4.3 Responsável pela indenização .....	109
4.4 Bens públicos e a desapropriação judicial por posse-trabalho .....	114
4.5 Como lidar com os conceitos indeterminados do § 4º do art. 1.228 do Código Civil/2002 .....	117
4.6 Precedentes judiciais .....	120
4.7 Instituto exclusivo do Brasil.....	120

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>122</b>
----------------------------------	------------

<b>ANEXO I .....</b>	<b>125</b>
----------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>138</b>
-------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º, *caput* da Constituição Federal, assim como todos os demais direitos fundamentais, tem um conteúdo mínimo essencial de proteção individual e limitam a restrição ao acesso a esses direitos fundamentais.

Pode-se dizer que o conteúdo mínimo essencial do direito à moradia reside no conhecido mínimo existencial. Esse mínimo existencial é a garantia de a pessoa humana viver com dignidade, previsto no princípio fundamental do art. 1º, III da Constituição Federal. Decorrente desse direito fundamental de conteúdo mínimo essencial, o legislador ordinário tem o dever de agir positivamente para concretizar o direito à moradia.

Pretendendo solucionar o problema de moradia e agir positivamente, o legislador ordinário introduziu uma forma de regularização da posse e da propriedade, nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, meio, portanto, de perda ou privação da propriedade quando não atendida a função social, de conseguinte, uma sanção-social.

A respeito do tema da desapropriação judicial por posse-trabalho, pode-se dizer que a doutrina é escassa e quase que de pouquíssimas divergências, enquanto que a produção jurisprudencial, até pouco tempo, não havia se debruçado em casos concretos para análise e decisão ao ponto de deixar claro o que querem dizer os termos indeterminados que contém no referido instituto legal.

Nesse contexto e com a ingente curiosidade que acendeu no espírito deste dissertador, partiu-se em busca de revelar alguns aspectos que se referem à desapropriação judicial privada por posse-trabalho, a compreender a acomodação da doutrina em não priorizar mais o direito civil como disciplina autônoma do direito constitucional.

De início, não se pode excluir do estudo, as noções de posse e de propriedade e, mais atual, de posse-trabalho, da função social da posse e da propriedade, e seu relacionamento com os direitos fundamentais, que vão reduzidos no capítulo I.

Para ter noção da atual realidade, o capítulo II faz importante cotejo dos traços característicos do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, os quais aglutinam cada um, princípios e fundamentos diversos, pois idealizados em momentos sociais e econômicos diferentes, inspirando-se o atual, na constitucionalização, fruto da nova ordem

constitucional-social e o antecessor na ordem liberal que dominava os povos da época; além de traçar um critério geral do direito administrativo e dos princípios que se relacionam com o tema, com referência a se tratar de regra ou princípio o novo instituto.

Superada a normatividade, o capítulo III disserta sobre as teorias jurídicas que estão em movimento atualmente e, desse modo, faz uma varrição sobre a desapropriação no Brasil e alguns países, como também em relação à usucapião aqui e no estrangeiro, descrevendo uma terceira hipótese, a usucapião especial coletiva, e o relacionamento entre o direito potestativo e as garantias fundamentais, a natureza jurídica e os seus fundamentos jurídicos.

No capítulo IV pretende-se desenvolver as particularidades do instituto tais como a terminologia empregada: privação da propriedade, quem é o responsável pela indenização, se os bens públicos podem se submeter à desapropriação judicial privada por posse-trabalho, como se pode lidar com os conceitos indeterminados do preceptivo legal, da grande utilidade que terão os precedentes judiciais, a constitucionalidade e exclusividade desse instituto no Brasil.

Ao final, consta o anexo I, o qual tem a finalidade de serem consultados os artigos das Constituições Federais, Leis-Complementares, Leis, Medidas Provisórias, Decretos-Leis, Declarações Universais, etc., que foram mencionados ao longo do texto e, assim, se evitou citações extensas no próprio texto ou em notas de rodapés, tornando a leitura mais agradável e fluida.

Portanto, a pesquisa analisou esse arcabouço legislativo e a edição da novel norma, como também, os escassos julgados dos tribunais brasileiros, com o objetivo de uma leitura crítica para permitir a interpretação.

Partiu-se da doutrina atual em direção às mais antigas para estabelecer o real impacto da introdução dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/202 no ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, pode-se concluir que se trata de instituto típico do ordenamento jurídico brasileiro e um passo importante para resolver os problemas de moradia com a transferência da propriedade a uma considerável parcela da sociedade brasileira.

## **CAPÍTULO 1 – A POSSE, A PROPRIEDADE E A POSSE-TRABALHO**

### **1.1 Neoconstitucionalismo e a função invasora da Constituição**

Os debates travados atualmente têm as anotações centradas no neoconstitucionalismo ou na constitucionalização do ordenamento jurídico e, como maior expressão, assinalam a força normativa da Constituição Federal, em que se afirma a força jurídica e não mais isoladamente como um documento político.

Tem como qualidade intrínseca a expansão da jurisdição constitucional das Cortes, com tendências de conteúdo qualitativo, porém, não indicando uma nova era de interpretação, mas de defesa dos direitos fundamentais com base no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, os poderes públicos e privados se submetem à Constituição Federal, passando os direitos sociais a ter efetividade e importância ordenados por intermédio de princípios e valores sacados do sistema jurídico constitucionalizado.

Necessita de ponderação como método para interpretação e aplicação dos princípios nos casos de resolução de conflitos e com aspecto fundante invasor da Constituição Federal por todo o ordenamento jurídico, tomando como ponto fulcral a atividade jurídica e política dos poderes estatais e particulares na realização dos seus fins.

De conseguinte, a nova era do constitucionalismo propõe o protagonismo dos juízes em relação ao legislador quando se está sob a tarefa de interpretação da Constituição Federal e das demais leis, e só teria algum sentido e lógica se houvesse conexão entre o direito e a moral.

Konrad Hesse<sup>1</sup> leciona que ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do direito constitucional, a chamada força normativa da Constituição que dispõe do poder de criar leis e normas gerais que abarquem até mesmo as forças conflitantes e as limitando. E remata, que a constituição jurídica logra converter-se em força ativa, e embora não possa

---

<sup>1</sup>HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15, 19 e 24.

realizar nada ela pode impor tarefas e as transformam em forças ativas segundo o que nela consta. E, graças ao elemento normativo, ordena e conforma a realidade política e social.

No tocante ao assunto, Ferdinand Lassale, em abril de 1862, cogitou em conferência de Berlim sobre a essência da constituição e segundo sua teoria, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas, por expressar as relações de poder dominante: o militar representado pelas forças armadas, o social pelos latifundiários, o econômico pela indústria e capital, o intelectual pela consciência e cultura gerais<sup>2</sup>.

O Código Civil/2002 se fundamenta na força invasora da Constituição Federal, designada por Konrad Hesse de força normativa da Constituição, e de influxo da Constituição sobre o direito privado<sup>3</sup> e por obra de seu idealizador Miguel Reale, ao introduzir o princípio da operabilidade ou concretude, não deixa margem de dúvida ser a atual codificação a maior expressão do neoconstitucionalismo, que por algum tempo haverá de ter resistência de parcela de poderes político e jurídico da comunidade brasileira.

O que há de surtir reflexões diz respeito a complementariedade e a dependência entre a Constituição Federal e o Código Civil/2002 e este não mais pode entrar em choque com aquela, expondo Gabriel Menna Barreto Von Gehllen<sup>4</sup> a sistematização constitucional do direito privado, na seguinte hipótese:

1. *Regras jusprivatistas na Constituição*: A inserção das normas-regras, cuja nomenclatura é exposta por Duworkin e Alexy, do direito civil no corpo constitucional e, o que era uma excrescência no século passado, hoje comprova a superação do entendimento da divisão entre direito público e Constituição e de outro lado direito privado e Código Civil.

2. *Garantias dos institutos*: Ao introduzir na Constituição institutos de direito civil, o faz o legislador para proporcionar imunidade contra o legislador ordinário e até mesmo contra o poder legislador reformador da Constituição, tendo como exemplo no direito alemão a garantia dos institutos, tais como a propriedade e intimamente ligado ao direito privado, diferente das garantias institucionais que dizem respeito as instituições de direito público, no caso o exemplo do funcionalismo público.

3. *Programa legislativo*: As normas constitucionais amplas e abertas são a melhor técnica para o Poder Judiciário se adaptar aos novos valores sociais com rapidez na função

---

<sup>2</sup>Ob. cit., p. 9.

<sup>3</sup>GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O Chamado Direito Civil Constitucional. *In* A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. [Org.] Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 174.

<sup>4</sup>Ob. cit. p. 185/189.

interpretativa, e desse modo, o legislador ordinário do direito privado levará em consideração a maturação prolongada ao mudar as leis diante das mesmas novidades.

4. *Interpretação orientada pela Constituição*: De início, não se deve deslustrar a interpretação orientada com a Constituição com a interpretação conforme às leis, por ter este como campo de aplicabilidade somente quando o campo da constitucionalidade de determinado ato normativo, porque somente se deve decretar a nulidade de uma lei se não for possível interpretá-la de maneira concorde com a Constituição, conforme leciona Luiz Afonso Heck<sup>5</sup>.

Trata-se de técnica interpretativa pela qual se deve inclinar à otimização dos princípios constitucionais, estes sob a ótica de Alexy: mandamentos de otimização<sup>6</sup>, preordenando em sua máxima efetividade a unidade da ordem jurídica, conciliada à máxima da constitucionalidade, priorizando a força normativa.

José Afonso da Silva<sup>7</sup> ao mencionar o art. 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conclui que as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, conforme as exigências do bem comum; e se assim é toda lei ou norma, inclusive as constitucionais, não de conformar-se ao pacto de valor que indicam, pelas normas programáticas da Constituição.

A partir da mudança fundamental centrada na pessoa humana, em que vigorava o dever de proteção contra os abusos do poder estatal, com a passagem da proteção estatal efetiva, irrestrita, pela qual todos os interesses juridicamente protegidos, exige proteção contra os poderes intermediários, que são aqueles interpostos entre o estado e a pessoa humana, e mais atualmente, a proteção direta entre os interesses dos particulares.

Nesse apoio o legislador do Código Civil/2002 confirmou o que há de mais atualizado no constitucionalismo brasileiro, para impor ao proprietário indiferente com a finalidade social e econômica de seu patrimônio, ao comportar-se em desconformidade com a função social, ser privado de seu direito.

---

<sup>5</sup>HECK, Luís Afonso. O Recurso Constitucional na Sistemática Jurisdicional-Constitucional Alemã. *In* Revista de Informação Legislativa, nº 124, a.31, out/dez 1994, p. 132.

<sup>6</sup>Ver item 2.5, desta dissertação.

<sup>7</sup>SILVA, José Afonso da. *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed.2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158

Para melhor compreensão sobre essa força invasora da Constituição, pode-se complementar a leitura no item 4.5 desta dissertação, ao se referir sobre os conceitos indeterminados do art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002.

## 1.2 Noção de posse

O Código Civil/2002, no Livro III, do Direito das Coisas, Título I, da Posse, Capítulo I, da Posse e sua Classificação, prescreve nos arts. 1.196 a 1.203, os conceitos basilares da posse. Logo de início pontifica ser possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

De se ver que a posse no Brasil tem regulamentação específica e ante a sua importância é o primeiro capítulo do livro do direito das coisas.

Nesse tema da posse, as aspirações de Miguel Reale na formatação do Código Civil/2002 são salientes, em especial, a preservação histórica, já que ao desconsiderá-la, não se confronta a realidade com a concepção jurídica que vem se transformando desde a época do Estado Liberal, e ainda exerce grande influência no momento atual.

É que predominantemente a ideia individualista do direito de propriedade se conflita com a concepção jurídica de posse, e, portanto, um ambiente hostil que somente se admite como exercício exterior de propriedade. E, de certo modo na doutrina brasileira, se concebe que a posse é um estado de fato, ou um poder de fato que o direito reconhece ao possuidor.

John Locke, em seu tempo, discorria que a propriedade tem fundamento inquestionável, por se tratar de uma doação divina aos homens, ou ao menos, a alguns indivíduos; em seus ideais burgueses grifava que os indivíduos abandonam o estado de natureza para preservar a propriedade e entendia por propriedade, em seu sentido amplo, tudo aquilo que pertence a cada indivíduo: sua vida, sua liberdade e seus bens e, em seu sentido estrito, a posse de bens móveis e imóveis<sup>8</sup>.

Na doutrina brasileira atual há questionamentos a respeito da conceituação da posse, porém, não é o propósito desta dissertação dar-lhe as respostas, podendo ser destacadas, algumas delas: *i)* é direito ou poder sobre uma coisa? *ii)* sendo poder de fato, por quê há consequências jurídicas? *iii)* em qual medida a posse pode confrontar a

---

<sup>8</sup>LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martins Claret, 1998, p. 405/406.



propriedade? *iv*) o que é determinante para a sua caracterização, o elemento intencional ou a exteriorização de comportamento típico de dono?

Miguel Reale, na Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, que cuidou da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil/2002<sup>9</sup>, definiu que a posse é um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas; mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito de proteção da posse em que a posse seja fundada em direito.

As teorias mais importantes disputam o núcleo decisivo para a existência ou a negação da posse: o *animus* ou o *corpus*.

Para a primeira hipótese — o *animus* — o elemento psicológico ou intencional, quer dizer, a intenção de possuir a coisa como se dono fosse é o que fundamenta a posse. Na outra vertente — o *corpus* — o comportamento exteriorizado se equipara ao do proprietário da coisa, independentemente da intenção.

Não se pode deixar de anotar as reputadas considerações ocorridas no século XIX travadas entre Savigny e Ihering que repercutem seus reflexos ainda hoje na jurisprudência dos tribunais brasileiros, ora optando por uma corrente, ora por outra.

Savigny assentava que a posse é um poder de fato que lembra um direito e tem dois elementos: o *corpus* através da apreensão da coisa e o *animus domini* ou a intenção de ter a coisa como se dono fosse. Daí o que determina a posse é o *animus*, sendo irrelevantes os atos materiais de exercício da posse sobre a coisa, ou *corpus*, resultando atribuir-se a posse a quem age intencionalmente como se dono fosse, sendo conhecida como *teoria subjetiva*.

A crítica que se faz a essa teoria subjetiva é se tratar de exacerbada concepção individualista do direito, que subestima o vínculo formal de domínio e rebaixa a utilização das coisas.

Ihering<sup>10</sup>, de seu turno, reagia contrariamente, pois para a sua concepção o que importava são os fatos exteriores e objetivos da utilização da coisa, e se equivalia as qualidades de proprietário. Dizia que a posse era o *corpus* da relação exterior da posse em relação à coisa que vinha caracterizada pela apreensão; portanto, defendia que não é o

---

<sup>9</sup>Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 5 out. 2017.

<sup>10</sup>JHERING, Rudolf von. O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de Seu Desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 12.

poder físico, mas a exteriorização da propriedade que definia a posse e ele mesmo a concebeu como *teoria objetiva*.

A mais importante ideia a respeito da posse no direito atual é que os dois elementos, o material e o intencional, devem estar presentes, posto que a posse não se refere apenas a vontade de se comportar como proprietário, mas deve concorrer a materialização da utilização da coisa.

A propriedade nessas duas teorias clássicas é referência, e não se concebe a posse sem a propriedade; em síntese, Savigny dispunha que a posse, de acordo com o proprietário, era a procedência da vontade e liberdade individual; Ihering assentava a exteriorização do direito de propriedade.

Esses dois elementos estão patentes no art. 1.196 do Código Civil/2002, que tem quase a mesma redação do revogado art. 485 do Código Civil/1916; ambos destacam o exercício de fato, total ou parcial, do poder inerente à propriedade, à exceção de que na codificação anterior, continha o elemento dominial<sup>11</sup>, o que atualmente foi suprimido pelo legislador.

Porém é necessário avançar nessas teorias, pois no estágio constitucionalizado do direito civil, as normas, em especial, os princípios, abarcados pelo Estado Democrático de Direito, influenciam nas relações sujeitas à propriedade, e até se poderia falar em função social da posse, mais adiante destacada<sup>12</sup>, necessitando, nos dias hodiernos, ser um excelente possuidor-proprietário em relação à coisa.

Incluem-se nesse ponto da atualidade, a imposição de conservação e defesa da posse; a permanência; a habitação e produção econômica sustentável, fatores indisfarçáveis do § 4º do art. 1.228 do Código Civil/2002, ao mencionar a introdução de obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante.

Nesse contexto, a posse, conforme está definido no enunciado<sup>13</sup> nº 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, não se identifica com o exercício de propriedade, é um direito exercitável por quem não seja dono da coisa e até contra a vontade deste<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup>A respeito do domínio, ver adiante no item 1.5.

<sup>12</sup>Ver adiante no item 1.6.

<sup>13</sup>Os enunciados das Jornadas de Direito Civil, com efeito, servem ao propósito informativo ao juiz, ao tribunal e aos estudiosos do direito, não como orientação obrigatória, porém, em auxílio de interpretação doutrinária, de apoio nas decisões em processos que envolvam os temas debatidos, não se podendo compreendê-los como fonte legislativa ou jurisdicional, tão pouco vinculante.

<sup>14</sup>Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/VJornadadireitocivil2012.pdf>, p. 78. Acesso em: 5 out. 2017.

Na atual quadra do direito possessório abandonou-se a concepção romana daquilo que não fosse direito de propriedade, coisa corpórea e objeto do direito, se considerava coisa incorpórea, e a expressão *possessio iuris* não tem mais sentido, por deixar de exprimir que o objeto da posse se volta a coisa incorpórea, não se tratando somente de um direito subjetivo, mas a utilização da coisa.

A concepção unitária da posse que hoje predomina do direito civil brasileiro, é concebida como posse de direito e adensa a posse da coisa, diferenciando-se entre posse de coisa e posse de direito a intensidade do poder de fato sobre a coisa, a menor ou maior utilização da coisa. Também não se olvide da consideração do poder de fato que o possuidor exerce sobre a coisa, que corresponde a um comportamento definitivo do exercício da propriedade, pondo em proteção a posse sem que o possuidor tenha direito a propriedade.

Esse poder de fato que o possuidor exerce sobre a coisa está bem delimitado em estudo das Conferências da V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, no tema Posse de Direito no Código Civil Brasileiro de 2002, de autoria do professor José Carlos Moreira Alves<sup>15</sup>.

A posse, de seu turno, é um dos instrumentos mais importantes atualmente no que se refere ao direito das coisas, e para o mestre Caio Mário da Silva Pereira<sup>16</sup>, ao mencionar que prefere o estudo do *direito real*, isto é da propriedade *ius in re*, que abarcam as coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas do próprio titular e se ramifica nos direitos reais limitados, os quais incidem sobre a coisa alheia, *ius in re aliena*, e defende que a posse tem posição proeminente nesse capítulo jurídico, que é gerada pela situação de fato similar ao domínio, como concebido por Ihering, e sob sua visão a conceitua<sup>17</sup> como direito real, com todas as suas características oponível *erga omnes*, independentemente do sujeito passivo, porque perdeu no debate atual a importância das dúvidas e objeções e gerou a certeza de ao nascer a posse de uma relação de fato, converte-se imediatamente numa relação jurídica.

Portanto, a posse, como instrumento de direito que obtempera a necessidade do seu exercício de conformidade com os poderes sociais e econômicos e agindo e defendendo a coisa através de conduta excelente, para produzir riquezas e inclusão com a maior participação direta e indireta da sociedade.

---

<sup>15</sup>Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/VJornadadireitocivil2012.pdf>, p. 19. Acesso em: 5 out. 2017.

<sup>16</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. IV, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7.

<sup>17</sup>Ob. cit., p. 21.

### 1.3 A função social da posse

Assim como a propriedade deve exercer a função social, conforme previsão dos arts. 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal, a posse também deve exercer função social, amparada na noção de refutação ao individualismo e a necessidade de gerar riquezas, com utilização produtiva em proveito de toda a coletividade.

A função social da propriedade escora-se na raiz da justiça social, um dos objetivos fundamentais da República, prevista no art. 3º, III da Constituição Federal, com imposição ao alcance da erradicação da pobreza e da marginalização, redução de desigualdades sociais e regionais.

Vertem nesse preceito o Estado Social em cabal exercício da justiça positiva, reduzindo as desigualdades, contrapondo-se a justiça comutativa (princípio da igualdade formal que considera cada um igual ao outro e a dar a cada um o que é seu), como também da justiça distributiva (princípio da desigualdade formal que considera cada um desigual ao outro e dará a cada um o que é seu), portanto, uma justiça promocional.

A posse que se está a mencionar diz respeito à posse fática ou natural, exercida por qualquer pessoa humana ao assumir o poder fático sobre o bem, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional, bastando para ter legitimidade de possuidor, a capacidade de utilizá-lo corporeamente ou, como mencionado acima, o poder de fato. A posse fática serve ao uso e ao trabalho relativo as necessidades humanas, convergindo em fato social de importante proteção constitucional, emparelhado aos direitos fundamentais e diretamente ao objetivo do Estado Democrático de Direito em total apego ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O enunciado nº 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup> alinha-se nesse mesmo ponto, ao se referir que a posse manifesta o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.

Não se olvide que a posse é o instrumento da função social da propriedade, o meio que se realiza o uso e o gozo dos bens.

---

<sup>18</sup>A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance dos interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.

Na função social da posse autônoma, seus valores resguardados pelo ordenamento jurídico estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da igualdade, da moradia e do trabalho, inclusive pondo a salvo contra o próprio proprietário.

É corriqueiro na doutrina nacional<sup>19</sup> sustentar que a função social evidencia a utilização da coisa, razão porque está mais próxima da posse do que da propriedade, inclusive, a posse, por ser poder de fato, é concreta e real, enquanto que o direito de propriedade é abstração, desenvolvido no mundo idealizado ou de pensamentos.

A relação fática entre pessoa e coisa, esse estado de aparência que predominava na afirmação da posse que passava a ter relevância jurídica, no atual Estado Social, não é mais protegido pelo direito, sendo necessário o emprego, cada vez mais útil em proveito social, do emprego de trabalho humano digno para transformar em bens geradores de riquezas, que assumam a responsabilidade social, contratando serviços, empregados e, ao final, promover o bem-estar social, econômico e ambiental.

Raymond Saleilles<sup>20</sup> foi o precursor da teoria da função social da posse, que tem berço na teoria objetiva da posse de Ihering e não se aferra ao *animus domini*, ou no elemento subjetivo, caracterizando-se pelo simples fato de seus atributos exteriores, que é a aparência de domínio na conduta do possuidor.

No entanto, o que diferencia e evolui na teoria de Saleilles é que a posse só será protegida quando o estado de fato exercido sobre a coisa estiver acompanhado de algum elemento realizador de cunho objetivo socioeconômico.

O ordenamento jurídico evita, bem por isso, situações fáticas, cujo exercício da posse não se realiza sem objetivo social ou econômico, por especulação banal ou algo sem propósito<sup>21</sup>.

O deputado federal Ricardo Fiuza em Projeto de Lei nº 6.960/2002<sup>22</sup>, pretendeu a modificação do art. 1.196 do Código Civil/2002, para deixar assentado que se adotaria a

---

<sup>19</sup>FACHIN, Luiz Edson. A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 13; DIDIER JÚNIOR, Frédie. A Função Social da Propriedade e a Tutela Processual da Posse. Novo Código Civil: Questões Controvertidas: Direito das Coisas. Mário Delgado, Jones Figueiredo (Coords.). São Paulo: Método, 2008, p. 102.

<sup>20</sup>SALEILLES, Raymond. Étude Sur les Eléments Constitutifs de la Possession. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894, p. 183.

<sup>21</sup>*In verbis*: A posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas. O *animus* aplicado ao *corpus* será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa. A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, consoante aos costumes e à opinião pública.

teoria da função social da posse, fincada na doutrina do jurista francês Saleilles, que passaria a ter a seguinte redação, se fosse aprovado:

Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativa, direito ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

Em breves palavras, esse novo texto do art. 1.196 do Código Civil/2002, disporia com clareza não ser suficiente deter a coisa como se dono fosse, com a aparência de dono, porém, impor-se-ia o efetivo exercício de atividade relevante socioeconômica.

Esse Projeto de Lei nº 6.960/2002 foi arquivado, porém, revitalizado pelo deputado federal Arnaldo Faria de Sá, no Projeto de Lei nº 699/2011<sup>23</sup>, atualmente em tramitação, aguardando criação de comissão temporária pela Mesa da Câmara dos Deputados, para alterar, dentre outros artigos, o 1.196 do Código Civil/2002, e assim, incluir a teoria de Saleilles.

#### **1.4 Confronto entre as teorias de Ihering e de Saleilles**

Como acima reportado, o Código Civil/2002 adotou a teoria de Ihering quanto ao conceito de posse, conforme preceituado no art. 1.196 do Código Civil/2002, contentando-se para abrigá-la, o elemento objetivo do exercício por parte do possuidor, de poderes que são típicos do proprietário da coisa.

E diante desse contexto, confere-se a não normatização da teoria objetiva socioeconômica de Raymond Saleilles, pelo menos, enquanto não for aprovada e sancionada a nova redação do art. 1.196 do Código Civil/2002, em tramitação na Câmara dos Deputados com o Projeto de Lei nº 699/2011.

Poderia se pensar, ante essa antinomia, a prevalecer o conceito de posse definida pela teoria de Ihering, e de outro lado, o desprestígio da teoria de Saleilles, que defende mais expressivamente a noção de posse-trabalho, acabaria havendo dificuldades na interpretação e aplicação da função social da posse.

---

<sup>22</sup>Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 6 out. 2017.

<sup>23</sup>Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Prevalece, não se pode negar, a interpretação constitucional do princípio da função social da posse, como fator removedor da posse especulativa, que não se manifeste com o propósito socioeconômico.

Quando se está a mencionar a posse, como função social, está ela afivelada, incondicionalmente, à desapropriação judicial privada por posse-trabalho e não às demais proteções possessórias ou interditos possessórios, pois que estes seguem o conceito geral do art. 1.196 do Código Civil/2002, que se contenta com o elemento objetivo do seu exercício como se dono fosse o possuidor, conforme a teoria de Ihering.

Em reforço dessa hipótese, a posse terá surgido quando o possuidor: *i)* tiver o poder de fato sobre a coisa; *ii)* exercer com plenitude ou não, o poder de fato sobre a coisa; *iii)* exteriorizar o poder de fato que demonstre as características de proprietário.

Ao se falar em exercício do poder de fato da coisa — teoria objetiva de Ihering —, não é necessário o efetivo exercício desse poder de fato da coisa. Basta a possibilidade, pois, não deixa de exercer a posse quem se ausenta dela, consoante a lição de Carlos Roberto Gonçalves<sup>24</sup>.

Ao confrontar a privação da propriedade qualificada no art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002, os valores da Constituição Federal estabelecem outro rumo.

Não é possível, nem admissível, na atual quadra do direito civil constitucional, o exercício da posse da coisa que descuide da função social, ou para melhor compreensão, se o proprietário não explore o objetivo socioeconômico da coisa.

Portanto, a teoria de Ihering, não se ajusta à desapropriação judicial privada por posse-trabalho, tendo incidência indisfarçável a teoria de Salelilles.

Pode-se afirmar que é o sistema de direito privado que incide na relação jurídica, em prejuízo do sistema do Código Civil/2002, mais restrito, e com menor abertura interpretativa.

## **1.5 Noção de propriedade**

---

<sup>24</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. 5, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42. Diz o autor: Joel Dias Figueira Júnior critica com razão a redação do retrotranscrito art. 1.196 do Código Civil, no ponto em que considera a posse o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade. Em decorrência da consideração do corpus como elemento da posse, assevera, surgiu o uso corrente da expressão 'exercício do poder', para designar a manifestação exteriorizada do poder de fato correspondente à propriedade ou outro direito real. Todavia, a caracterização da posse prescinde do exercício de atos, bastando, em qualquer hipótese, a existência do poder sobre um bem. Por isso, por exemplo, é admissível a posse de um imóvel sem que o possuidor o cultive, explore ou visite.

A noção de propriedade no Código Civil/2002 se irrompe no art. 1.228, *caput*, §§ 1º e 2º, e com ele se estabelecem os elementos da propriedade: *i*) internos ou econômicos: usar, gozar e dispor; *ii*) externo ou jurídico: reivindicar; *iii*) funcional: função social.

Anderson Schreiber<sup>25</sup> leciona que esse aspecto funcional remodelou o direito de propriedade que passou a não ser visto como absoluta, mas subordinado a uma situação jurídica subjetiva complexa com adição de direitos, deveres, ônus e obrigações<sup>26</sup>.

Com efeito, a noção de propriedade não tem como ser interpretada isoladamente ao *caput* do art. 1.228 do Código Civil/2002, sem incluir os §§ 1º e 2º, pois se estaria retornando ao tempo do direito romano e do liberalismo, já superados.

Os indispensáveis contornos desses três preceptivos do art. 1.228, *caput*, §§ 1º e 2º do Código Civil/2002 se complementam para se conformar ao sistema de direito privado, com maior alargamento interpretativo, ao incluir, nessa hipótese, a teoria de Saleilles, por não ser possível o reconhecimento do direito de propriedade sem o exercício das finalidades socioeconômicas e a função social da propriedade.

A proteção patrimonial que tratam esses preceptivos diz respeito aos bens corpóreos, sendo os bens imateriais versados nas leis especiais sob n.ºs 9.279, de 14 de maio de 1996<sup>27</sup> que regula direitos e obrigações relativas à propriedade industrial; 9.609, de 19 de fevereiro de 1998<sup>28</sup> que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país e dá outras providências; 9.610, de 19 de fevereiro 1998<sup>29</sup> que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

O elemento funcional ou a função social da propriedade, em conformidade com o art. 5º, XXIII da Constituição Federal, se sobrepõe a todos esses direitos de propriedade material e imaterial, do Código Civil/2002 e das leis especiais.

O conceito de propriedade definido por Flávio Tartuce<sup>30</sup>, ao estabelecer a filosofia do atual Código Civil, que tem como princípio norteador a preservação do Código

---

<sup>25</sup>SCHREIDER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira, Revista Trimestral de Direito Civil, n.º 6, abr/jun 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 162.

<sup>26</sup>*In verbis*: A inserção de interesses sócias no elemento funcional, gera, por via reflexa, uma remodelação da estrutura do direito de propriedade. A propriedade passa a ser vista não mais como um direito absoluto ou 'poder inviolável e sagrado' do proprietário, mas como situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem direitos, deveres, ônus e obrigações.

<sup>27</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 7 out. 2017.

<sup>28</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm)>. Acesso em: 7 out. 2017.

<sup>29</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)>. Acesso em: 7 out. 2017.

<sup>30</sup>TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Coisas. v. 4, 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p.104.



Civil/1916, com a adição da função social que não se dissocia da aplicação dos direitos fundamentais<sup>31</sup>.

O atributo “usar”, *ius utendi*, está em sentido efetivo, podendo ser entendido o uso corriqueiro da residência como moradia definitiva; ou potencial, que se relaciona como residência efêmera, tal como se passa na habitação de veraneio.

Ao reverso, a inexistência do uso efetivo ou potencial, gera a presunção do abandono e será declarado vago e arrecadado e passará ao patrimônio do Município ou do Distrito Federal, dependendo do lugar que se situar, conforme está tratado no art. 1.276 §§ 1º e 2º do Código Civil/2002.

Os arts. 5º e 8º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, descrevem graves consequências ao não uso e subutilização da propriedade urbana, tais como a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, IPTU progressivo no tempo e desapropriação sancionatória, com pagamento através de títulos da dívida pública.

“Gozar”, *ius fruendi*, deflui da exploração e extração dos frutos renováveis e dos artefatos produzidos pela coisa que se depreciam com a colheita ou uso.

“Disponer”, *ius abutendi*, é a perda material e jurídica da coisa; está última, de forma total com a alienação ou parcial quando houver a gravação de qualquer ônus real.

“Reivindicar”, fundando no direito de seqüela, é a faculdade de o proprietário valer-se de todas as ações processuais contra quem ataque o direito do proprietário, sendo a mais clássica delas, a ação reivindicatória, promovida pelo proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário, como já assentado no linguajar jurídico civilista.

A propriedade é o *jus in re propria*, o exercício direto do sujeito, na condição de dono ou proprietário, sobre a coisa própria.

O individualismo que predomina no direito de propriedade remonta a filosofia de Aristóteles no argumento utilitarista, contrapondo-se ao argumento idealista de Platão. Para a corrente utilitarista, ninguém cuidará idealmente de coisas que não sejam suas próprias, defendendo, de conseguinte, que a propriedade, de coisas comuns, tende a trazer conflitos, o que não ocorre quando há propriedade individual.

---

<sup>31</sup> Assim é o conceito do professor Tartuce: A propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido pelo art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda coletividade. A propriedade é preenchida a partir os atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.

Essa não era uma noção de propriedade como direito absoluto de usar, gozar e dispor, sem que houvesse restrição sobre o exercício e a posse da coisa, entendendo Clóvis Beviláqua<sup>32</sup> que há diferenciação entre propriedade absoluta e individual, nesta há subordinação às necessidades sociais, naquela, não há subordinação social.

Evoluiu-se para a concepção relativista do direito de propriedade pós revolução francesa, para cooptar a ideia de que a propriedade, embora absoluta, havia limite imposto pelo interesse público, e para aquela época, os limites tendiam ao direito de vizinhança e os regulamentos que restringiam as posturas imobiliárias.

Desaguando na atual fase da função social da propriedade, que será tratada logo abaixo, por se entender que, para o tema da desapropriação judicial por posse-trabalho, é elemento fundamental e que requer mais aprofundamento.

A noção de domínio, por sua vez, tem maior abrangência do que a noção de propriedade, por determinar ao titular do direito de propriedade a exclusividade sobre a coisa, conforme está capitulado no art. 1.231 do Código Civil/2002.

Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald<sup>33</sup> defendem que o domínio se refere ao conteúdo interno da propriedade que se concretiza como a relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de seu titular, através do exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. Lecionam os citados autores:

Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na relação material de submissão direta e imediata ao poder de seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. O proprietário exercita ingerência sobre a coisa (domínio) e pede colaboração de pessoas (propriedade). Somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se encontram em uma só pessoa. Assim, o domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário — detentor da titularidade formal — não será aquele que exerce o domínio (v. g., usucapião antes do registro, promessa de compra e venda após a quitação). A propriedade recebe função social, não o domínio em si.

O Código Civil/2002, de todo modo, não acolhe a distinção entre propriedade e domínio, ao contrário, trata as duas expressões como sinônimas e as utilizam indistintamente, com o mesmo significado.

---

<sup>32</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 1, ed. histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 179.

<sup>33</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 198-201.

## **1.6 A função social da propriedade**

De início, destaque-se que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, dispusera a respeito da garantia do direito de propriedade no art. 113, 17, alusivo ao capítulo dos direitos e garantias individuais, com a ressalva de não ser exercido contra o interesse social e coletivo.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, continha no art. 141, § 16, no capítulo dos direitos e garantias individuais, o interesse social reunido ao direito de propriedade, mencionando, ainda, a desapropriação por necessidade pública como elemento complementar do interesse social.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, não interrompeu a tradição, e constou no art. 157, III, no capítulo destinado à ordem econômica e social, o princípio da função social da propriedade. Preceituava que a ordem econômica tinha, por fim, realizar a justiça social com base no princípio da função social da propriedade, dentre outros princípios.

Na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, constou no art. 160, III, o mesmo princípio, estabelecido dentro do capítulo da ordem econômica e social, incluindo no texto, além da justiça social, o desenvolvimento nacional com base no princípio da função social da propriedade.

A Constituição Federal atual destaca no art. 5º, XXIII, em título reservado aos direitos e garantias fundamentais, e no art. 170, III, pertencente ao título à ordem econômica e financeira.

Esses dois artigos da atual Constituição, de forma genérica, ostentam o princípio da função social da propriedade. Conseqüentemente, o art. 182 da Constituição Federal, distribuído no capítulo da política urbana, desencadeia o princípio da função social da propriedade urbana.

Dispõe o § 2º do art. 182 da Constituição Federal que, cumpre a função social a propriedade urbana que atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor do Município. Constitucionalmente obrigam-se a expedir o plano diretor os Municípios com mais de 20 mil habitantes. Aos demais Municípios o plano diretor tem as exigências destacadas no art. 41 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. De seu turno, o art. 39 dessa lei, dispõe sobre a função social da propriedade quando assegura a qualidade de vida às pessoas, a justiça social, o desenvolvimento das atividades

econômicas, respeitadas as diretrizes do art. 2º, VI.

O art. 186 da Constituição Federal extravasa os requisitos atinentes a função social da propriedade rural. Nesse particular, o art. 9º § 1º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal, considera racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração que estão especificados no §§ 1º a 7º do art. 6º.

Os demais elementos que compõem a função social da propriedade rural podem ser destacados em: *i*) utilização adequada dos recursos naturais (art. 9º § 2º); *ii*) preservação do meio ambiente (art. 9º § 3º); *iii*) observância das disposições que regulam as relações de trabalho (art. 9º § 4º); *iv*) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o estatuto da terra e dá outras providências, destaca essas mesmas considerações no § 1º do art. 2º.

O princípio da função social da propriedade tem como característica marcante a limitação da propriedade e se concebe como um conjunto de requisitos mínimos estabelecidos pelo legislador para atender o interesse social de toda coletividade, caso em que, não sendo atendido esse conjunto de requisitos mínimos, o ordenamento prevê um rol objetivo de medidas sancionatórias. Uma das medidas sancionatórias, quanto à propriedade rural, é a desapropriação por interesse público para fins de reforma agrária, conforme está difundido no art. 184 da Constituição Federal.

Veda o art. 185 da Constituição Federal a desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e a propriedade produtiva, que segundo o § 1º será garantido por lei tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento de requisitos relativos à sua função social.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de segurança nº 22.193<sup>34</sup>, fixou o entendimento de que, pelo texto da Constituição Federal, o não atendimento da função social não implica na desapropriação para fins de reforma agrária da pequena e média propriedade em geral, nem da propriedade produtiva.

Nos imóveis urbanos, a sanção prevista também será a desapropriação, passando, antes, por consequências pecuniárias, com a imposição do IPTU progressivo.

---

<sup>34</sup>Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85698>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Dessa estrutura constitucional e legal, a função social da propriedade desencadeia o Estado Democrático no sentido de não ser possível o exercício da propriedade sem que traga utilidade, não para o titular, individualmente, mas, em benefício de toda coletividade, não se admitindo a especulação, a imobilidade, ou a falta de implemento do objeto socioeconômico que falava Saleilles.

Paulo Lôbo<sup>35</sup> leciona que nesse princípio — da função social da propriedade —, desponta a integração dos deveres da propriedade, ou seja, a propriedade é direito, mas também dever social ou coletivo, onde está inserido a coisa.

Se assim é considerado, como dever do proprietário, é porque se conecta a noção de ter a propriedade a vocação de atender, com mais razão ainda, outro princípio, o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo proveito socioeconômico o tem como destinatário da norma. Ainda hoje se confere que a propriedade está sob forte influência das regras de mercado de massa, das tecnologias que são efêmeras e superadas quase que instantaneamente, se tornando objeto da ordem econômica.

Ao se articular com a ordem econômica, concebe-se a sensação de ser a propriedade um direito absoluto e que essa hipótese não se desassociou do art. 1.228, *caput* do Código Civil/2002, ao facultar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa. Dessa maneira, se há a faculdade de usar, gozar e dispor, poderia o proprietário, de modo contrário, não usar, não gozar e não dispor, e, bem assim, perpetuar a exploração infrutífera.

Em complementação, e de forma a afastar essa permissão de inércia do proprietário, o § 2º do art. 1.228 do Código Civil/2002 deu sua contribuição para afastar essa possibilidade exploratória negativa, ao proibir os atos que trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados apenas pela intenção de prejudicar outrem.

São os conhecidos atos emulativos, mais habitualmente designados de abuso de direito, com previsão no art. 187 do Código Civil/2002, que esclarece não haver utilidade alguma quando a intenção seja prejudicar terceiros.

Ao reconhecer a criação de ato ilícito, do exercício manifestamente além dos limites sociais, a norma se refere ao controle social sobre a propriedade, e concluiu, através do sistema de direito privado, que não há possibilidade, por parte do proprietário, de comportamento passivo, sem tender ao objetivo socioeconômico da propriedade.

Em atenção a essa conjectura, o enunciado nº 49 da I Jornada de Direito Civil do

---

<sup>35</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Direito das Coisas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 118.

Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>36</sup>, articulou-se que se impõe a interpretação restritiva para a regra do art. 1.228 § 2º do Código Civil/2002, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e o disposto no art. 187 do mesmo Código.

O que pretende esse enunciado é deixar definido que será aplicada a teoria finalista ou objetiva, por descartar a sindicância do elemento subjetivo, pois, ao se referir à função social da propriedade, os limites de atuação do proprietário serão vocacionados a impossibilitar o comportamento abusivo.

O Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.376.958<sup>37</sup>, ementou que o cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa: a função social torna a propriedade em um poder-dever.

Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade.

É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II da Constituição Federal. E, mais, a propriedade de bens, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família.

Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, assim como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual.

Sobre esta propriedade, principalmente em razão da sua inserção no processo produtivo, recai o influxo de outros interesses que concorrem e, acima de tudo, condicionam o proprietário.

É justamente a existência de interesses outros — que não os meramente individuais do proprietário — que impõem a essa propriedade uma função social.

Pode-se dizer que a função social da propriedade não é exclusivamente uma cláusula geral por não ser destinatário exclusivo o Estado-juiz<sup>38</sup> e, na atualidade, a função é uma das maiores características que se relaciona com os deveres do proprietário, cuja inércia em utilizar a propriedade em desconformidade com os interesses da coletividade, gera consequências jurídicas.

---

<sup>36</sup>Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/745>>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>37</sup>Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300919534&dt\\_publicacao=19/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300919534&dt_publicacao=19/03/2014)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>38</sup>MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 427 e ss.

De qualquer modo, não se pode confundir como limite ao direito de propriedade, pois teria como significado algo exterior e estanho ao direito subjetivo, conforme nos posiciona Maria Helena Diniz<sup>39</sup>.

Contudo, Sílvio de Salvo Venosa<sup>40</sup> diz ser possível a limitação interna do direito de propriedade, quando concorrer: *i*) subtração de certas faculdades ao proprietário pela lei; *ii*) estabelecimento legal de um complexo de condições para o exercício das faculdades atribuídas, tais condições são pressupostos da validade dos atos de propriedade; *iii*) deveres jurídicos de exercitar determinadas faculdades.

O que os doutrinadores estão a dizer, cada um de *per si* é que, na primeira hipótese, a função social da propriedade integra a propriedade e, na segunda hipótese, trata-se de uma limitação à propriedade.

Para uma noção adequada sobre em qual perspectiva a função social da propriedade está assentada nos moldes do neoconstitucionalismo brasileiro, é necessário partir da aceitação do afastamento da tradicional teoria que vincula o direito de propriedade aos limites do direito público, e segundo nos ensinam Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig<sup>41</sup>, são limites externos como efeito da projeção do interesse público e, portanto, como finalidade exterior que incide sobre o direito subjetivo do proprietário (direito de usar, gozar, e dispor da coisa), e atualmente, ao se falar em função, contrapõe-se ao abuso de direito que forçou a atuação ao poder absoluto do proprietário.

Aqui há um desencontro doutrinário defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>42</sup> e com arrimo no professor Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, que suscita o reconhecimento de que a organização jurídica da sociedade (Estado) configura o direito de propriedade no plano do direito público, desde logo, no direito constitucional.

O resultado desse entendimento é o esvaziamento do direito privado em um de seus núcleos mais importantes: a propriedade privada e superpotencializando o direito público e, conforme mencionam Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig<sup>43</sup>, fica a um passo das graves consequências totalitárias.

---

<sup>39</sup>DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 4, Direito das Coisas. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

<sup>40</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais, vol. 5, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

<sup>41</sup>VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da Propriedade às Propriedades: Função Social e Reconstrução de Um Direito. *In* A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. [Org.] Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 767.

<sup>42</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público, *In* Revista de Direito Público, São Paulo: Malheiros, vol. 84, out/dez 1987, p. 39.

<sup>43</sup>Ob. cit., p. 782.

Já é aceitável, que a propriedade *é* uma função social e não se parte mais da ideia de que a propriedade *tem* uma função social, conhecida essa teoria como a “noção realista da função social”, e fomentou com profundidade Léon Duguit<sup>44</sup>, ao afastar a concepção do sistema de direito privado orientado pelo conceito de direito subjetivo em caráter metafísico, enquanto poder reconhecido a uma pessoa de impor sua vontade às demais pessoas e sua crítica versava em que não seria fundamental do direito subjetivo a conceituação de uma potência supraterrrestre, pela qual, submetia a vontade do proprietário à vontade de toda coletividade.

E arretava o mestre francês, com escorço em Augusto Comte, a negativa dos direitos subjetivos em razão da solidariedade social, para o fim de unir os homens num convívio social pacífico e se reduzia ao plano objetivo, na obrigação social de cumprir a missão da propriedade.

Essa vinculação de deveres ao direito subjetivo, é a característica mais relevante que está radicada na moderna concepção ao direito de propriedade.

Na evolução da doutrina de Duguit, foi além de *ser* a propriedade uma função social, para adotar-se a concepção do *poder-função* que está fundada tanto na noção de direitos como de deveres, conforme leciona Eduardo Vieira Manso<sup>45</sup>, e estão estabelecidos critérios jurídicos de proibições restritivas do exercício do direito até a condenação da propriedade inerte, traduzida na obrigação do proprietário de utilizar seu bem na forma de interesse coletivo<sup>46</sup>, hoje materializado no art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002.

De conseguinte, na atual fase do direito privado, a função social da propriedade não pode ser encarada como uma limitação à propriedade, mas como fator integrante da propriedade, na medida em que a propriedade, objeto de estudo do direito privado, fundamenta-se na critério poder-função, de conjunto de deveres e obrigações ao proprietário de forma a utilizar de conformidade com o interesse coletivo.

## **1.7 Posse e propriedade como direitos fundamentais**

---

<sup>44</sup>DUGUIT, Leon. La Transformación del Estado. Trad. Adolfo Posada, 2. ed. Espanhola, Madrid: Libreria Francisco Beltrán, s/d, p. 73.

<sup>45</sup>MANSO, Eduardo Vieira. A Função Social da Propriedade do Solo Rural. In Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Saraiva, v. 52, p. 112.

<sup>46</sup>GOMES, Orlando. Novas Dimensões da Propriedade Privada. In Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, nº 411, jan 1970, p. 12.



Os direitos fundamentais são um dos pilares da Constituição Federal brasileira, e segundo Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>47</sup>, a afirmação do objetivo ético-jurídico-político dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa.

Robert Alexy<sup>48</sup> relata sobre as *disposições de direito fundamental* baseadas em aspectos: materiais, estruturais e/ou formais.

Os substanciais (materiais) e estruturais, com apoio em Carl Schmitt (Grundrechte und Grundpflichten [direitos e obrigações fundamentais], 1932, *In* do mesmo autor, Verfassungsrechtliche Aufsätze [ensaios constitucionais], 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190), são aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição, mas que lança uma crítica sobre esse conceito por entender que se expressa uma definição substancial, em sentido estrito, e que é fundamento do Estado Liberal por atingir um grupo de direitos: direitos individuais de liberdade, e, ao se restringir dessa maneira o conceito não haveria possibilidade de preservação do direito à garantia ao mínimo existencial e esse não seria classificado como direito fundamental.

O formal está relacionado à forma de sua positivação e serão considerados direitos fundamentais, as disposições da Constituição Federal os mencionados em capítulo específico e alcunhado de “direitos fundamentais”<sup>49</sup>. Expõe, de conseguinte, uma crítica a esse aspecto, por entender que a Constituição disciplina direitos fundamentais em outras disposições, dimensionadas ao longo do texto constitucional<sup>50</sup>.

Também se pode conferir do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos dotados de razão e de consciência, devendo agir uns para com os outros em espírito de fraternidade<sup>51</sup>; apesar de encartado em diploma autônomo, tem carga de direito fundamental.

Por isso, entende ser mais apropriado designá-las de *normas de direitos fundamentais* por serem extraídas diretamente das disposições de todo o texto constitucional, não somente de um capítulo específico.

---

<sup>47</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

<sup>48</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte. Biel: Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66/67.

<sup>49</sup>A Constituição Federal declara os direitos fundamentais no Título II, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º); Capítulo II - Dos Direitos Sociais (arts. 6º ao 12); Capítulo III - Da Nacionalidade (arts. 12 e 13); Capítulo IV - Dos Direitos Políticos (arts. 14 ao 16); Capítulo V - Dos Partidos Políticos (art. 17).

<sup>50</sup>A Constituição Federal declara, entre outros, como direito fundamental, fora do capítulo específico, no art. 60 § 4º, incs. I a IV, ao tratar da emenda constitucional.

<sup>51</sup>Disponível em < [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

Ao deslocar-se para a constitucionalização do direito civil, a maior característica modificadora do eixo filosófico que antes predominava, da autonomia quase que absoluta, à subordinação às normas de direitos fundamentais que estão radicados na Constituição Federal.

*Prima facie*, os direitos fundamentais servem como direito defensivo da pessoa humana contra os abusos do Estado. Nesse contexto, pressupõe, que as ingerências estatais se limitam às relações verticais deste em relação àquele.

Porém, nessa ordem constitucionalizada que se depara o Código Civil/2002, como também o direito privado, em toda sua extensão, não se pode mais pensar tão rigidamente dentro dessa configuração, sem incorporar, com mesma densidade, a horizontalização dos direitos fundamentais entre os particulares.

Virgílio Afonso da Silva<sup>52</sup> sustenta que a mudança elementar de padrão de reconhecimento da constitucionalização do direito, é no sentido de romper o entendimento aplicável aos direitos fundamentais, na suposição de que somente se encontrariam nas relações entre o Estado e os cidadãos — relações verticais —, pois perdeu-se a crença de que não é somente o Estado que ameaça e viola os direitos das pessoas, mas também as pessoas, entre si, podem ameaçar e violar direitos fundamentais<sup>53</sup> — relação horizontal.

Essa ameaça entre particulares — o citado autor nomina de “ameaça ‘horizontal’ a direitos fundamentais”<sup>54</sup> —, evidencia o estágio diversificado da sociedade, cujos espaços que se destinam à autonomia privada, as empresas de grande poder econômico, de meios de comunicação e demais forças sociais que alcançam posição de poder e influenciam o sistema político e chegam a uma posição de dominação, ao ponto de afetarem a relação com os indivíduos, ameaçando os direitos fundamentais.

Com a evolução do fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, prossegue o autor, passou a vincular os particulares aos direitos fundamentais e isso significa todas as relações entre os todos os particulares, não mais das grandes corporações com poder econômico, com posição de dominação, mas também qualquer particular que têm os mesmos direitos.

---

<sup>52</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

<sup>53</sup>Com maior precisão, leciona o autor: Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.

<sup>54</sup>Ob. cit., p. 52/53.

Aborda ainda o mesmo autor<sup>55</sup> que o conteúdo essencial para a vida social significa proibir restrições à eficácia dos direitos fundamentais e mais importante, que não torne esse direito fundamental sem significado para os indivíduos. E ao destacar a eficácia, a classifica como sendo norma de eficácia limitada por consagrar direito social.

Norma de eficácia limitada, em poucas palavras, é quando o Estado depende do legislador para editar normas que objetivem situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do poder público, criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculos<sup>56</sup>.

Apesar de o art. 1.196 do Código Civil/2002 não mencionar expressamente esse princípio, como faz o § 1º do art. 1.228 do Código Civil/2002, a posse e a propriedade, na atual quadra do direito civil, não mais se justificam sem a incorporação da função social que está encartada na Constituição Federal.

Desse modo, ao se vincular com a função social da posse e da propriedade, não se pode negar que tem natureza de norma de direito fundamental.

## **1.8 A posse-trabalho**

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que dispôs sobre a terras devolutas, à época, passou a adotar o critério legal de que a mera posse, como forma de obtenção da terra, foi proibida e para adquiri-la legalmente era necessário a compra formalmente registrada.

Roberta Chaves Braga, em monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação da Escola Superior da Magistratura – ESMEC, para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, assentou às fls. 23<sup>57</sup>:

Findou-se, assim, a posse pelo trabalho e cultivo da terra, legitimando a propriedade pela apresentação de documento hábil a comprová-la. Culminando com a abolição da escravatura e o plantio do café no Brasil, a propriedade imóvel rural se transforma no principal capital do século XIX, concentrada nas mãos da burguesia, que podia pagá-la, e excluída da massa populacional, menos afortunada e compelida, assim, a continuar nela trabalhando.

---

<sup>55</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Método, 2009, p. 26/27.

<sup>56</sup>SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 2 tir, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.

<sup>57</sup>Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Roberta-Chaves-Braga.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Nesse período colonial, anterior a lei das terras devolutas, o que legitimava a propriedade era a posse qualificada pelo trabalho e o cultivo da terra. Empiricamente, era deferida a propriedade ao possuidor pelo fato de ter trabalhado e cultivado a terra, sem qualquer outro requisito de tempo, de extensão da área, da boa-fé, o mínimo de pessoas que trabalham e cultivam a terra, a inclusão de obras e de serviços, sequer era necessário que se considerasse de interesse social ou econômico.

Hoje, na ordem constitucionalizada, mudou-se a perspectiva jurídica, pois não se adquire a propriedade somente com a compra formalmente registrada ou com a transcrição do título de transferência no registro de imóveis, como se conferia da redação do art. 530, I do Código Civil/1916 e se examina no art. 1.245 e §§ 1º e 2º do Código Civil/2002.

A função social da posse e da propriedade, o conteúdo socioeconômico da posse e a dignidade da pessoa humana são os elementos que corporificam o conceito de posse-trabalho.

Miguel Reale<sup>58</sup> tratou de conceituar a posse-trabalho: é a posse socialmente qualificada, que além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade, consubstancia uma efetiva utilização da coisa para fins sociais, de moradia, educação ou produção econômica, podendo ser uma construção de uma casa, a plantação de uma roça, um serviço de irrigação, uma fábrica, uma escola, uma forma qualquer de investimento social.

Há a união da posse e do trabalho como uma simples exteriorização abstrata de um direito, passado a ser uma concretização viva de uma projeção humana e dá mais amplitude a ideia que já está referida no art. 171 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Já enxergava, naquela época, em dar solução a um problema comum em todas as unidades da Federação em que milhares de pessoas se estabelecem com boa-fé, numa determinada gleba, integrando valores de seu trabalho e economias, para depois quando a terra se acha fecundada pelos esforços são surpreendidos por ação reivindicatória propostas pelos legítimos donos.

Dois valores em contraposição, portanto: o direito de propriedade e o direito ao fruto do trabalho.

Desse modo, ao juiz foi deferido o poder expropriante ao comprovar a realidade social, não ordenando mais a restituição da coisa ao dono, porém, determina o pagamento

---

<sup>58</sup>RELAE, Miguel. *In* Notas Taquigráficas da Conferência no Instituto dos Advogados do Distrito Federal em 8 de junho de 1972, sobre o Anteprojeto do Código Civil, p. 18/19.

justo do preço, que é assegurado na Constituição Federal, avaliado segundo o valor atribuído no título sem as benfeitorias criadas pelo trabalho dos possuidores, valendo a sentença como título de transferências da propriedade.

### **1.9 O direito social como instrumento de realização da posse, da propriedade e da posse-trabalho**

Ricardo Lobo Torres<sup>59</sup> sustenta ser o mínimo existencial o conteúdo dos direitos sociais. E mais, o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza, há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada às causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias<sup>60</sup>.

Ana Paula de Barcellos<sup>61</sup> defende que o mínimo existencial corresponderia a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo. Portanto, o mínimo existencial é um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental; a saúde básica; a assistência aos desamparados; o acesso à justiça.

Vicenzo Demetrio Florenzano<sup>62</sup> define quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano correspondentes ao mínimo existencial e este estaria no art. 7º, IV da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas e às da família com moradia; alimentação; educação; saúde; lazer; vestuário; higiene; transporte; previdência social.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>63</sup> separa o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana em quatro princípios, para alavancar o mínimo existencial: igualdade; integridade física e moral (psicofísica); liberdade; solidariedade.

---

<sup>59</sup>TORRES, Ricardo Lobo. Fundamentação, Conteúdo e Contexto dos Direitos Sociais: A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Direitos Fundamentais Sociais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11 e ss.

<sup>60</sup>TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

<sup>61</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

<sup>62</sup>FLORENZANO, Vicenzo Demetrio. Justiça Social, Mínimo Social e Salário Mínimo: Uma Abordagem Transdisciplinar. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, nº 165, jan/mar 2005, p. 47.

<sup>63</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo, In Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65 e ss.

Características dos direitos sociais dizem respeito a efetividade e a aplicação imediata, nos termos do art. 5º § 1º da Constituição Federal, bem assim de sua proteção diante do poder constituinte derivado, conforme o art. 60 § 4º, IV da Constituição Federal.

Porém, nas palavras de Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior<sup>64</sup>, há dificuldades materiais para serem executadas e enquadradas nessa aplicabilidade imediata, pois, segundo o autor, as normas constitucionais em relação aos direitos sociais, no mais das vezes, apresentam-se de forma genérica. Por essa razão, parte da doutrina compreende serem elas incapazes de regular determinadas matérias para todos, de forma equânime e uniforme, por si só não geram comandos com força para que a sociedade as cumpram. E, por isso, essas normas necessitam que o legislador ordinário crie outras normas, a fim de que as novas regulamentem e esmiúcem de modo a indicar o quê, como, onde e quando devem ser aplicadas.

Esse contraponto, o autor<sup>65</sup> questiona se as normas constitucionais do direito à moradia — uma das hipóteses de direito social — previsto no art. 6º da Constituição Federal são de aplicabilidade imediata ou de eficácia limitada programática; respondendo que não se deve restringir a interpretação, diante da norma fundamental, no caso formal, ou seja, em capítulo específico descrito na Constituição Federal, e assim, abrangeria todas as normas referentes a direitos e garantias fundamentais do art. 5º e todas as demais fora desse rol.

E vai além: o direito social é de cunho prestacional, ou melhor dizendo, diz respeito à atuação do Estado, e para que os direitos sociais se realizem, o Estado deve atuar diretamente, deve ter uma conduta positiva.

Essa programaticidade de normas fundamentais consagradoras de prestações positivas do Estado, na visão de Mário Lúcio Garcez Calil<sup>66</sup>, com apoio em Paulo Caliendo<sup>67</sup>, as prestações podem ser divididas em três hipóteses:

*i) Concepção absolutista: os direitos sociais devem ser concretizados pelo judiciário no caso concreto sem qualquer consideração sobre outras questões, tais como: separação dos poderes, restrições orçamentárias, complexidade da matéria, impacto nas políticas de*

---

<sup>64</sup>LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Acesso à Moradia: Políticas Públicas e Sentença por Etapas. Curitiba: Juruá, 2014, p. 37

<sup>65</sup>Ob. cit., p. 41.

<sup>66</sup>CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos Direitos Sociais: Prestação Jurisdicional com Base na Ponderação de Princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 61/63.

<sup>67</sup>CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação. In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

inclusão social. Assim, os direitos fundamentais devem sempre ao máximo ser implementados;

*ii) Concepção absolutista particular:* busca-se em Andreas Krell, ao afirmar que a única forma de se ter uma resposta satisfatória à escolha trágica entre salvar-se milhares de doentes sujeitos a doenças da pobreza (malária, febre amarela, cólera, etc.) e salvar alguns poucos submetidos a doenças raras, de cura improvável ou da riqueza, seria proceder ao tratamento para todos; assim, os recursos necessários para o custeio dessas despesas deveriam ser buscados em áreas não prioritárias como fomento ao desenvolvimento econômico, pagamento da dívida pública, transporte, entre outros, visto possuir um valor normativo e axiológico superior a essas outras políticas públicas, bem como, é um direito fundamental derivado diretamente do valor constitucional essencial da dignidade da pessoa humana;

*iii) Concepção moderada:* defende a proteção dos direitos fundamentais como garantia máxima, observando-se os limites impostos pelos custos de implementação e as consequências.

Nesse contexto de impossibilidade de regular todas as matérias atinentes aos direitos sociais, do dever de o Estado interferir diretamente e de forma proativa nas relações das garantias fundamentais, de modo a dar suporte à realização do bem-estar, o direito civil, de competência legislativa privativa da união, nos termos do art. 22, I da Constituição Federal, esmiúça uma parte considerável do direito social, disciplinando a posse, a propriedade e a posse-trabalho.

A posse-trabalho, como perspectiva dessa dissertação, fruto da inovação legislativa, tem sua eficácia amparada na garantia fundamental no direito social, assim como a posse e a propriedade conforme seu conceito se atualiza, não mais o define sem a função social.

Miguel Reale<sup>68</sup> pondera sobre a correlação fundamental do fenômeno jurídico, desenvolvido no tempo axiológico que se relaciona necessariamente aos valores que prevalecem significativamente a cada tempo cultural e estão cheios de significados para o presente e o futuro. Somente quando se situam na ambiência formada por valores culturais em torno do valor fundamental, no caso a pessoa humana, o valor-fonte de todos os demais valores é que os institutos jurídicos passam a ter efetiva realidade.

O valor-fonte, a dignidade da pessoa humana, não transige com decisões incompletas quando o tema desaguar na questão da moradia, da família, da coletividade.

---

<sup>68</sup>REALE, Miguel. *Direito e Cultura. In Horizontes do Direito e da História*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 263 e ss.

A realização adequada da posse-trabalho só pode ser acolhida, no atual sistema, através da *concepção absolutista* em termos de programaticidade das normas fundamentais das prestações positivas do Estado.

Não há espaço para discussões sobre a separação dos poderes, as eventuais e intermináveis discussões sobre restrições orçamentárias, a complexidade da matéria, o impacto nas políticas de inclusão social.

Noutro ponto, conforme a lição de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>69</sup> diz a respeito do núcleo essencial dos direitos sociais que já estão realizados e efetivados pelo legislador e que se encontram constitucionalmente garantidos contra medidas estatais que resultem em anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

De sorte que, as medidas restritivas ou supressivas de direitos sociais que já estejam eficazmente implantados no ordenamento jurídico, haverá de ser considerada inconstitucional por violação ao princípio do retrocesso, sempre que restar afetado o núcleo essencial concretizado por direitos fundamentais, conforme arremata o mesmo autor português.

De conseguinte, a desapropriação judicial por posse-trabalho ao ser cotejada com o direito social, na questão da propriedade, se distancia da programaticidade e passa a ter característica de norma fundamental consagradora de prestações positivas estatais, em sua concepção absolutista, ou melhor dizendo, o judiciário não poderá levar em consideração quaisquer restrições, tais como orçamento público e políticas públicas.

E, finalmente, por se tratar de implementação da dignidade da pessoa humana, e por atuar como barreira última dos direitos fundamentais e limite dos direitos<sup>70</sup>, os direitos fundamentais devem sempre, ao máximo, ser implementados pelo Estado Social e a posse-trabalho deferida aos pretendentes e, portanto, direito potestativo por excelência.

### **1.10 Direito social x direito fundamental**

Necessário que se estabeleça um breve aparte para salientar os preceitos que até agora foram mencionados neste capítulo e que irão se seguir nos seguintes e dizem respeito ao direito social e ao direito fundamental. E nessa candência, podem surgir algumas

---

<sup>69</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 327.

<sup>70</sup>SAERLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124.



dúvidas, tais como: há diferença entre direito social e direito fundamental? São princípios de mesma categoria? Um interfere no outro?

De início os direitos fundamentais é o gênero do qual os direitos sociais são espécie, em que as aspirações fulcrais dos direitos fundamentais estão centralizadas nos direitos de primeira dimensão e se ligam ao valor da liberdade, aos direitos civis e políticos pelos quais limitam a atuação estatal, seu destinatário de direito; enquanto que os direitos sociais são os de segunda dimensão em que se destinam à coletividade, tendo o Estado papel proativo que exigem posturas positivas nas obrigações de fazer, de transformar a sociedade entregando bons serviços de saúde, oportunizando trabalho digno, moradia, etc.

Quando se relaciona ao direito de proteção constitucional da propriedade privada, direito individual de cunho negativo — ou de não intervenção estatal —, em contrapartida com o novo instituto da desapropriação judicial por posse-trabalho — ou de intervenção positiva do Estado em favor dos possuidores —, surge uma antinomia e se desbordam em duas categorias de direitos.

Luís Roberto Barroso<sup>71</sup> a esse fenômeno atribui hipótese meramente ideológica e não jurídica, finalizando Mário Lúcio Garcez Calil<sup>72</sup> que o direito social e o direito fundamental são indispensáveis tanto à democracia quanto à dignidade humana, devendo ser tomados sempre conjuntamente, na busca por uma cidadania plena, livre e igual.

Outras teorias a respeito dos direitos fundamentais e outras classificações podem ser destacadas na doutrina:

*i) Teoria dos *status**: desenvolvida por Georg Jellinek, ao dividir os direitos fundamentais no desenvolvimento das relações ente o Estado e o indivíduo, com a defrontação dos direitos de *status* negativo, de *status* positivo e de *status* ativos. Essa teoria sofreu severas críticas por não envolver a possibilidade da titularidade coletiva dos direitos fundamentais.

*ii) Teoria geracional*: por serem os direitos fundamentais a evolução histórica (o culturalismo para Miguel Reale), parte da doutrina dividiu os direitos fundamentais em critérios geracionais, conhecidos como os clássicos direitos fundamentais de primeira geração que avançam até a quarta geração que hoje são conhecidas e mencionadas acima.

---

<sup>71</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Diálogo Jurídico*. Salvador. nº 15, jan/mar 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>72</sup>Ob. cit., p. 42.

*iii)* Teoria unitária: destaca a semelhança entre os direitos fundamentais e rejeita a classificação em categorias estruturalmente distintas, se conformando com a complementariedade e interdependência entre os direitos fundamentais.

*iv)* Teoria bipartite ou binária: classifica os direitos fundamentais em direitos de resistência e direitos prestacionais. Robert Alexy<sup>73</sup> assevera as diferenças entre a interpretação liberal clássica dos direitos sociais e nos direitos de defesa ou direitos libertários com a coexistência e necessidade de haver os direitos a ações positivas. E continua a informar que os direitos de defesa se intersecciona em direitos ao não impedimento de ações, à não afetação de propriedade e situações de não eliminação a posições jurídicas. E, nos direitos à prestação no sentido mais amplo, destaca os direitos à proteção, à organização, ao procedimento, a prestação em sentido estrito, estes qualificados como direitos sociais.

Numa expressão definidora de Antonio D'Atena<sup>74</sup> os direitos sociais são os direitos à prestação, cujo proveito é subordinado a intervenções positivas, na maioria codificados aos poderes públicos.

Carlos Miguel Herrera<sup>75</sup> destaca a noção direitos-crédito, pelos quais, os indivíduos podem exigir do Estado prestações positivas e, desse modo, declara uma ideia de Estado devedor destas prestações, porém, de difícil concepção e realização, em razão da ausência de sanção no caso de descumprimento da obrigação.

No plano do direito constitucional, a Constituição Federal empregou vários termos para se referir aos direitos fundamentais, tais como: direitos humanos, no art. 4º, II; direitos e garantias fundamentais, na manchete do título II e art. 5º, I; direitos e liberdades constitucionais, no art. 5º, LXXI; direitos e garantias individuais, no art. 60, § 4º, IV.

A nomenclatura direitos e garantias fundamentais manuseada na Constituição Federal é o gênero que abrange todas as demais espécies dos direitos fundamentais, referindo-se Ingo Wolfgang Sarlet<sup>76</sup> os seguintes: *i)* os direitos e deveres individuais e coletivos, no capítulo I; *ii)* os direitos sociais, no capítulo II; *iii)* a nacionalidade, no capítulo II; *iv)* os direitos políticos, no capítulo IV; *v)* o regramento dos partidos políticos, no capítulo V.

---

<sup>73</sup>Ob. cit., p. 450/502.

<sup>74</sup>D'ATENA, Antonio. A Constituição e as suas Normas programáticas. *Panóptica*. Vitória. Ano 2, nº 13, jul/out2008.

<sup>75</sup>HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-24.

<sup>76</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 28.

O mesmo autor<sup>77</sup>, defende que essas espécies têm diferentes funções, sendo sacadas da doutrina e jurisprudência alemã, recepcionadas pela cultura jurídica luso-espanhol, e podem ser notadas como os direitos de defesa, como a liberdade e igualdade; os direitos de cunho prestacional, que incluem os direitos sociais e políticos na dimensão positiva, os direitos-garantia e as garantias institucionais.

Os direitos fundamentais são, portanto, os direitos aplicáveis ao ser humano, reconhecido pelos direitos humanos, positivados na esfera do direito internacional, e reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional<sup>78</sup>.

Nesse contexto, e para esta dissertação, quando for mencionado direito social ou direito fundamental, se estará levando em consideração a terminologia sob o seu conceito amplo, tendo como ponto central os direitos humanos e a sua dignidade.

---

<sup>77</sup>Ob. cit., p. 28.

<sup>78</sup>Ob. cit., p. 30.

## **CAPÍTULO 2 – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL POR POSSE-TRABALHO**

### **2.1 Considerações iniciais**

O Direito Civil, uma parte do direito privado, centraliza sua ciência no estudo das relações entre pessoas, sendo conhecido e difundido como o direito comum das pessoas, o direito da vida do homem.

A origem do direito civil nasce no latim *cives*<sup>79</sup> (cidadão), e tem como ponto fulcral regulamentar as relações sociais entre as pessoas, incluindo desde o nascituro, que hoje conta com o avanço da tecnologia e das descobertas científicas em seu benefício, até a morte.

Neste estudo o que mais se salienta é a relação pessoal-patrimonial, por se referir à utilização dos bens econômicos e que têm interesse a uma destinação: uso, gozo e disposição pelas pessoas.

No contexto dos efeitos contrários ao uso indevido da propriedade, contracenam no panorama jurídico atual a possibilidade da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, depois de constatada a existência de requisitos obrigatórios ou vinculados que estão regradados nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002.

De início, é importante cotejar os traços característicos entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, os quais aglutinam, cada um, princípios e fundamentos diversos, pois idealizados em momentos sociais e econômicos diferentes, inspirando-se o atual, na constitucionalização, fruto da nova ordem constitucional social e o antecessor na ordem liberal que dominava os povos da época.

Essa evolução introduziu o novo instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho na perspectiva da nova ordem constitucional, cunhada sob o resultado do

---

<sup>79</sup>SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. v. 1, A-C, 11. ed., São Paulo: Forense, 1989, p. 433.

direito civil contemporâneo que privilegia o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio explicitado no art. 1º, III da Constituição Federal.

Neste momento histórico o conceito romano-germânico de propriedade que vigorava há mais de três séculos, se extinguiu para inaugurar um novo conceito: a propriedade está a serviço da pessoa humana e não a pessoa humana está a serviço da propriedade.

O patrimonialismo e individualismo, características marcantes da ordem civil liberal, não mais se conformavam com os valores da Constituição Federal e a nova orientação no direito civil necessitou ser rompida drasticamente para se aproximar dos direitos e garantias fundamentais vigentes.

A Parte Especial, Livro III, do Direito das Coisas, do Código Civil/2002, disciplina a titularidade das pessoas ao exercerem direitos sobre bens materiais e imateriais de modo exclusivo e oponível a todos.

Atualmente, com a constitucionalização do direito civil, a propriedade deve ser exercida em harmonia à função social da propriedade, princípio fundamental da Constituição Federal e, portanto, de hierarquia jurídica superior.

De conseguinte, ao se constitucionalizar o direito civil, os princípios não mais são vistos como antes, na interpretação do art. 4º da Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que só eram invocados em caso de lacuna da lei, passando a ter valor muito mais elevado, no topo da hierarquia jurídica, constituindo fonte direta do direito civil.

Na ordem civilista do Código Civil/1916, os princípios gerais de direito eram tratados como fontes subsidiárias do direito, e quando a lei fosse omissa, o juiz julgaria o caso concreto, somente na ausência de disposição legal; por consequência, os princípios gerais alcançavam força normativa para solucionar a demanda levada à juízo.

As doutrinas mais expostas sobre os princípios gerais de direito, nesse campo de profundas dúvidas, assentavam: *i*) correspondem aos do direito natural (Brunetti e Del Vecchio); *ii*) se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari e Giorgi); *iii*) decorrem da natureza das coisas (Geny e Espínola); *iv*) de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni e Bevilacqua); *v*) para cada povo os resultantes de um sistema jurídico (Fadda e Bensa e Windscheid).

A doutrina corrente da época, veja a respeito Vicente Ráo<sup>80</sup>, indicava que o sistema adotado para aplicação dos princípios gerais do direito se filiava à corrente de Brunetti e Del Vecchio, ou seja, nos princípios do direito natural<sup>81</sup>.

Porém, com relação aos direitos fundamentais como hoje são normatizados no sistema constitucional não são suficientes para serem aplicados, pois a crescente relação intersubjetiva não está relacionada ou é indiferente aos postulados do direito natural, gerando como consequência a sua superação.

Paulo Lôbo<sup>82</sup> leciona que os princípios jurídicos, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem a adaptação do direito à evolução dos valores e demandas da sociedade.

Faz referência o autor civilista a possibilidade de serem os princípios acolhidos e interpretados dentro do sistema normativo, a cada época, de acordo com os valores reinantes em permanente processo de adaptação, transformação e de qualquer modo, não se pode confundir com comprometimento da estabilidade jurídica — melhor expressão atual: comprometimento da segurança jurídica, outro princípio fundamental —, pois a cada ciclo há as necessárias adaptações e transformações em conformidade com as necessidades sociais.

Está, portanto, se referindo que a superação da aplicação dos princípios gerais do direito cede lugar a principiologia jurídica, muito mais abrangente e de maior agilidade na adaptação das novas relações que surgem na sociedade moderna.

O sistema adotado anteriormente no Brasil com o liberalismo do Código Civil/1916 se fundava na legalidade estrita, não no precedente, o que dificultava a aplicabilidade normativa dos princípios, que contém uma carga de generalidade muito mais elevada do que a letra da lei codificada.

A constitucionalização do direito civil e mais recentemente do direito processual civil, valoriza a unidade do sistema jurídico, exaltando a função de intérprete do Poder

---

<sup>80</sup>RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. v. 1, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 239.

<sup>81</sup>Sobre essa doutrina, leia-se p. 239: 199 Ensaios de qualificação dos princípios gerais de direito. Até aqui, em tudo quanto diz respeito e à primeira limitação resultante dos princípios que resultam do próprio sistema jurídico ao qual a regra particular se filia e pertence, não há senão concordar com Del Vecchio. Onde as dúvidas surgem, profundas, é no tocante a natureza desses princípios, matéria em relação à qual inúmeras doutrinas existem, tais as seguintes havidas por principais: a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros); b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi, etc.); c) são os que decorrem da natureza das coisas (Geny, Espínola, etc.); d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosófica do direito (Bianchi, Pacchioni, Bevilaqua, etc.); e) são, para cada povo, os resultantes de um sistema jurídico (ex.: o art. 12 do código civil italiano; Fadda e Bensa, nota ao § 23, vol. 1, das *Pandectas* de Windscheid, etc.).

<sup>82</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73.

Judiciário Social que capta diretamente da sociedade os valores que são exaltados e se convertem diretamente em princípios para servir a pessoa humana.

Hoje é necessário qualificar juízes sociais-programáticos que se norteiam pelo ideário do atual Estado Social Democrático e se funda em metas, programas de ação e objetivos dominados pelos valores sociais, culturais e econômicos brasileiros.

Os princípios expressos no direito civil atual podem ser destacados em: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade; princípio da função social; princípio da eticidade; princípio da socialidade; princípio da operabilidade ou concretude; princípio da liberdade; princípio da autonomia privada e princípio da boa-fé objetiva.

Quando se diz Estado Social, os direitos se convertem em promocionais que conferem tratamento de preferências de desigualdade para pessoas cuja condição social vindique diferenciação social para alcançar a igualdade jurídica, cujos mecanismos de pesos e contrapesos compensam as diferenciações.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>83</sup>, conceituam de forma simples essas ideias dos direitos sociais:

Em resumo apertado, porém completo, os direitos sociais dizem respeito a categorias jurídicas voltadas à implementação da igualdade jurídica, credenciando o seu titular a exigir posturas pró-ativas do Estado para efetivar os seus direitos fundamentais, em situações sociais desiguais.

Não escapa mais do direito civil constitucional a implementação dos direitos sociais e, neste particular estudo, no seu rumo do direito à moradia.

A eficácia dos direitos sociais, bem define Ana Cristina Costa Meireles<sup>84</sup>, no sentido de que os particulares devem abster-se, reciprocamente, de lesar a esfera de proteção de bens jurídicos veiculados por normas de direitos sociais.

O que extravasam nos direitos sociais são a proibição de intervenção ou proibição de forma excessiva, como também, proibição de proteção insuficiente.

Além e necessariamente para que esses contornos se realizem devem haver a intervenção do Estado para sua efetivação.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>85</sup> leciona que os direitos sociais — direitos de prestação em sentido estrito — podem consistir na edição de atos normativos do Estado, na criação

---

<sup>83</sup>FARIAS, Cristina Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

<sup>84</sup>MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. p. 370 *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

de procedimentos e garantias judiciais, na instituição de auxílios pecuniários, na realização de políticas públicas, etc.

E nesse contexto gerou-se a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, por intermédio de um tripé social: regra jurídica, procedimento e garantia judicial.

Esse tripé social tem como seu primeiro suporte a regra jurídica inscrita no art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil/2002, ou seja, os comandos legais que permitem a desapropriação judicial privada por posse-trabalho na hipótese de 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.

No seguinte fundamento, o procedimento, que apesar de não ser especificamente o procedimento da desapropriação judicial, cuida-se de procedimento no qual exista garantia à ampla defesa e ao contraditório, alargando todas as hipóteses de produção dos meios de provas para a conferência da regra jurídica que autoriza a privação da propriedade imóvel.

De conseguinte, o enunciado nº 83 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>85</sup>, inicialmente previu que a desapropriação judicial privada por posse-trabalho deveria ser arguida em contestação pelos possuidores, na ação reivindicatória.

Esse entendimento foi revisado e ampliado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ao ser expedido enunciado nº 310<sup>87</sup>, abrangendo pretensões em juízo petitório e possessório, implicando dizer que os possuidores podem ajuizar ação para haver a aquisição do domínio do bem imóvel.

Finalmente, a garantia judicial, prevendo e assegurando aos possuidores e aos proprietários que o procedimento será devidamente observado pelos membros do Poder Judiciário imparcial e pacificador das dimensões sociais.

## **2.2 Princípios que se relacionam com o temano atual período do direito civil**

---

<sup>85</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2014, p. 627.

<sup>86</sup>Enunciado nº 83 do CJF/STJ: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, § 4º e 5º, do Código Civil de 2002) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

<sup>87</sup>Enunciado nº 310 do CJF/STJ: Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1.228, § 4º, do Código Civil de 2002), abrangendo tanto no juízo petitório, quanto no possessório.



Para melhor compreensão do atual período do direito civil, há necessariamente de traduzi-lo a partir da Constituição Federal, prevendo a realização de finalidades sociais.

Humberto Ávila<sup>88</sup> posiciona-se nesse sentido, podendo ser compilado diretamente ao direito civil constitucional, uma vez que, a organização jurídica se preordena para cumprir finalidades, preservar valores e manter a execução desses valores e finalidades, não podendo o interprete se distanciar da Constituição Federal<sup>89</sup>.

Robert Alexy<sup>90</sup> defende que princípios são mandamentos de otimização, porque são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Virgílio Afonso da Silva<sup>91</sup> sustenta que os princípios garantem direitos ou são impostos deveres *prima facie* por não se poder garantir em realização sempre total daquilo que a norma exige, porém, ao contrário, em geral essa realização é sempre parcial, porque nos casos dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido ou imposto *prima facie* (princípio) e aquilo que é garantido ou imposto definitivamente (regra).

Na voz de Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>92</sup> a principiologia é uma das categorias de normas que detém conceitos mais abertos e com alcance mais ampliado em relação às regras, que são mais estreitas e menos abrangentes, podendo-se dizer que a distinção entre princípios e regras, se caracteriza no grau de determinabilidade ou equilíbrio dos casos concretos ao se aplicar a norma, está aplicada em sentido de interpretação, tanto de princípios como de regras. Ao aplicar-se os princípios, carecem de intervenções objetivas por parte do legislador, do juiz ou da administração pública, enquanto que as regras são imediatamente aplicadas, prescindindo de interpretações, uma vez que o próprio texto legal já contém o comando a ser aplicado<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup>ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

<sup>89</sup>*In verbis*: O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

<sup>90</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã Theorie der GrundrechteBiel: Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>91</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

<sup>92</sup>Ob. cit., p. 72.

<sup>93</sup>*In verbis*: Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes, se fala também que a distinção se assentaria no grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por

Luís Roberto Barroso<sup>94</sup> adota o critério de permeabilidade dos valores jurídicos suprapositivos que carregam os ideais de justiça e de realização de direitos fundamentais como papel central com flexibilidade a dar margem à realização da justiça no caso concreto. Os princípios, de sua parte, carregam maior abstração e generalidade em relação às regras, com contornos mais abertos, e se conformam com a eticidade pretendida pelo idealizador do Código Civil/2002. Assim, o fundamento do Código Civil/2002, é a garantia e o reconhecimento das normas fundamentais sacadas da Constituição Federal e das demais normas constitucionais.

### **2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Na Roma antiga até o Estado Liberal a *dignitashominis* (dignidade humana) tinha um conceito que se lastreava ao *status* pessoal de alguns indivíduos, de acordo com sua posição política ou social, como também poderia ser derivada dos atributos pessoais e de integridade moral, ou ainda, de determinadas instituições, como o soberano, a coroa ou até mesmo o Estado. Dispensava-se tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios, a pequena parte da sociedade, tais como os nobres.

Somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1789, que se passou a reconhecer a dignidade como instrumento de direitos humanos. Antes dessa outorga, nos Estados Unidos, por exemplo, as referências à dignidade mencionavam cargos, governo ou nação, e desde os romanos até esse período do século XVIII, no ocidente, o que se entendia por dignidade, se relacionava ao *status* superior, como uma posição ou classificação social superior.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos interrompe essa tradição e se fundamenta nos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade, e com origens religiosas e filosóficas (visão metafísica), atualmente se assenta na afirmação de que cada ser humano tem um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.

---

parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

<sup>94</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 361.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a perspectiva religiosa (monoteísmo hebraico), despontou um novo marco, de modo a traçar a unidade da raça humana como resultado da unidade divina<sup>95</sup>.

A dignidade da pessoa humana passou a incorporar os textos jurídicos, porém, antes, iniciando-se pela Constituição mexicana de 1917, na Alemanha em 1919 e na França de 1940, em 1945 na Espanha.

A partir da segunda metade do século XX, pós-guerra, deflagrados pela Carta das Nações Unidas de 1945, da Declaração Universal dos

Direitos Humanos de 1948 e diversos outros tratados sobre direitos humanos, até nas mais recentes que constam da Carta Europeia de Direitos Fundamentais de 2000 e no esboço da Constituição Europeia de 2004, é fator predominante a dignidade humana.

Também surgiram na Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, dentre vários países que adotaram esse superprincípio depois da Segunda Guerra Mundial.

Pode-se observar nos preâmbulos das Constituições do Canadá, Índia e Irlanda a referência ao princípio da dignidade da pessoa humana sem constar nos respectivos textos, mas não deixa de ser reconhecido em julgados o respectivo valor jurídico.

Nos Estados Unidos e na França, não há qualquer referência a respeito da dignidade da pessoa humana, e de igual modo, não se olvida a sua força normativa.

Não se pode falar em direitos fundamentais ou em direitos sociais sem invocar o art. 1º, III da Constituição Federal, pois nele se encontra o maior fundamento do Estado Social-Democrático da República Federativa do Brasil.

Esse preceptivo constitucional, ostentador de força vinculativa máxima, é o resultado da afirmação dos direitos fundamentais e positivado como valor supremo do ordenamento jurídico, inclusive, um dos mais caros da existência humana, por isso, e além disso, inserido no preâmbulo da Constituição Federal para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>96</sup> discorre que a dignidade humana atua tanto como limite dos direitos como limite dos limites, ou seja: barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio

---

<sup>95</sup>FRIEDMAN, Hershey H. Human Dignity and the Jewish Tradition. 2008. Disponível em: <<http://www.jlaw.com/Articles/HumanDignity.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

<sup>96</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124.

conteúdo da dignidade e a existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção.

Dignidade é a qualidade reconhecida da consciência moral e do alto valor nobre, do sentimento solene de ser a pessoa humana o fim da existência e merecedor de tratamento elevado.

Immanuel Kant, filósofo iluminista (1724-1804), é o mais citado quando o tema diz respeito à dignidade humana, por conter suas reflexões a referência da moderna filosofia moral e jurídica ocidental, escoradas nas razões de dever e razão, que estabelece a capacidade de o indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que o orientará.

Construiu conjuntamente com Cícero e Pico della Mirandola os ideais do antropocentrismo, cuja visão de mundo reserva ao ser humano um lugar e um papel central no universo, e conceituavam o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e de determinar seu próprio destino e, desse modo, é um valor<sup>97</sup>.

Em poucas linhas, o pensamento kantiano propagado dos antigos gregos, está dividido em três pilares: *i)* Lógica: filosofia formal, aplicada a todos os pensamentos; *ii)* Física: lida com as leis da natureza e descreve o mundo como ele é; *iii)* Ética: tendo como objeto a vontade humana e prescreve o que ele deve ser.

Além desses pilares, compõem a dignidade humana a autonomia e a vontade. Autonomia é a qualidade de uma vontade de ser livre, identificando a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis. Indivíduo autônomo é alguém vinculado apenas à sua vontade e não de terceiras pessoas. Dignidade está pautada na conduta pelo imperativo categórico no qual todos agem no reino dos fins, em que tudo tem um preço ou uma dignidade, de modo que, as coisas que têm um preço podem ser substituídas por outras equivalentes, porém, quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. De concluir, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado de dignidade e existem como um fim em si mesmas, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa.

---

<sup>97</sup>Valor é um conceito axiológico. Robert Alexy, na Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã Theorie der GrundrechteBiel: SuhrkampVerlag, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44/69, afirma que o conceito de razão prática é dividido em três grupos: axiológico: derivado da ideia de bem; deontológico: baseado na ideia de dever, de exigência; antropológico: associado ao interesse, vontade e necessidade.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso<sup>98</sup> disserta ser a dignidade humana um conceito multifacetado, por estar presente na religião, na filosofia, na política e no direito, havendo um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.

Paulo Lôbo<sup>99</sup> bem analisa a dignidade da pessoa humana ao assentar que viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.

De grande utilidade, porém, cabe a advertência, de se tratar referência de nota de rodapé, mensagem de passagem, escrita por Gustavo Tepedino<sup>100</sup> a respeito da dignidade da pessoa humana na visão do professor italiano Pietro Perlingieri (A Personalidade Humana no Ordenamento Jurídico, Camerino-Napoli: ESI, 1975):

A pessoa humana é um valor unitário, não podendo sua tutela ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses e não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade de valor da pessoa. [...] A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. [...] Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles e outras pessoas.

O que há de relevante para os direitos fundamentais, em particular a dignidade da pessoa humana, está na relação entre o Estado e o indivíduo, em que este último tem em primeiro lugar direitos, e depois, deveres perante o primeiro e os direitos que o Estado tem perante o indivíduo se dispõem a preservar as necessidades dos indivíduos, sendo, estes, portanto, o centro do Direito e não o Estado.

A dignidade da pessoa humana é retratada na prática social como um fenômeno moderno, conforme nos relatam o professor Lafayette Pozzoli e Álvaro Augusto Fernandes da Cruz<sup>101</sup>:

O ser humano moderno elegeu como direito de principal proteção e cuidado, o direito à vida. [...].

---

<sup>98</sup>BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 63.

<sup>99</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

<sup>100</sup>TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. t. III, 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, nota de rodapé nº 7, p. 44.

<sup>101</sup>POZOLLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal. Revista em Tempo, UNIVEM. v. 9, 2010, Marília: Letras Jurídicas, p. 35.

E com tal raciocínio que conseguimos chegar ao ponto em que é indispensável para se falar em proteção à vida, sem fazer dela uma carga de valores particulares ou somente sociais.

Portanto, o intuito de agregar à vida esse valor, que é inerente ao ser humano, surge a necessidade de salvaguardar a dignidade humana, para que haja sentido na proteção desse bem tão precioso que é a vida humana.

Não se pode encarar a dignidade da pessoa humana como um valor absoluto no plano das relações sociais, porém, como nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>102</sup>, com fundamento em Brugger, a relativização ocorre dentro do espaço de desaprovação do ofensor que acaba sendo sua conduta mais grave ao do ofendido que este merecerá a proteção da dignidade da pessoa humana.

Para o objeto do direito civil e nos termos dos fundamentos do Código Civil/2002 não se pode mais conceber a sua existência ante a concepção fundada na propriedade, como valor absoluto, mas com foco na dignidade da pessoa humana, que se situa acima dos bens econômicos, estes portadores de preço e não de dignidade como a pessoa humana.

E dentro dessa visão, a privação da propriedade, no caso da posse-trabalho, a dignidade que terá mais valor será deferida aos possuidores, diante da conduta social e econômica positiva em agravo a conduta negativa do proprietário que não deu ao bem a função social.

### **2.2.2 Princípio da igualdade**

Aristóteles<sup>103</sup> diz a respeito de igualdade aritmética e geométrica. Naquela se estabelece uma estrita relação entre a retribuição e a causa, tendo cada indivíduo a mesma importância e consideração, equivalência; nesta, implica em proporcionalidade definida a partir da comunidade política, com destaque ao critério de merecimento variável conforme o papel e importância social do indivíduo para a comunidade grega.

O Supremo Tribunal Federal<sup>104</sup>, com esteio nesse entendimento aristotélico, declarou que a igualdade consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais com o

---

<sup>102</sup>Ob. cit., p. 126.

<sup>103</sup>ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1994.

<sup>104</sup>MS 26.690, Relator Ministro Eros Grau, j. 3 set. 2008, DJE 19 dez. 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570123>>.0, Acesso em: 15 out. 2018.

prestígio da igualdade, no sentido mencionado, quando, há exame de prévia atividade jurídica.

Em outra concepção de direito fundamental, reconhecido e objetivado na Constituição Federal, da igualdade perante o juiz, sendo para José Afonso da Silva<sup>105</sup>, o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas:

- (1) como interdição do juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei;
- (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Essa é uma das perspectivas de vedação a decisão ou atos discriminatórios, de obstar privilégios. Num primeiro momento, quando a lei já está concebida o órgão julgador, na aplicação da norma, não poderá dispensar tratamento seletivo ou discriminatório, enquanto que ao ser elaborada a norma, o legislador deve se manter fiel a generalidade e abstração, para não criar situações desiguais.

Pode-se, ainda, mencionar a igualdade formal ou igualdade perante a lei ou jurídica, e material ou real ou substancial, pretendendo igualar os individuais em suas desigualdades.

Ronald Dworkin<sup>106</sup> tem contribuído com a teoria da igualdade para legitimar a função governamental quando se demonstre igual consideração ao destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e os quais reivindique fidelidade; portanto, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de ordem jurídica, dependendo a riqueza do cidadão muito mais das leis promulgadas em sua comunidade e quando há um conjunto de leis a serem promulgadas, tais como as previdenciárias, sociais, fiscais, ambientais, dentre outras, ao serem promulgadas ou a mantém tal conjunto, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos piore devido a essa escolha, mas também, em um grau considerável, quais serão esses cidadãos.

De certa forma, isso acontece com o direito civil brasileiro, inicialmente por ter como característica a preponderância da desigualdade num de seus pilares, no poder do

---

<sup>105</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 34.ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 218.

<sup>106</sup>DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. Trad. Jussara Simões. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3/4.

proprietário para exercer de modo absoluto e exclusivo contra todos e de modo ilimitado, inclusive, repelindo a intervenção estatal e a sociedade, por estar alicerçado no conceito de liberdade como não impedimento.

No atual estágio, inaugurado no início dos anos 1930, em que se passou a pensar e refletir sobre as fortes desigualdades que os poderes privados grifavam na sociedade, os fundamentos da justiça social e a igualdade material passaram a ser positivados nos arts. 3º, III e 170 da Constituição Federal.

Nessa quadra do Estado Social Constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>107</sup> identifica os elementos das lesões ao princípio da igualdade:

- 1) a diferenciação não pode atingir apenas uma pessoa;
- 2) as situações ou pessoas a serem diferenciadas pela norma jurídica devem ser de fato distintas, quer dizer, apresentem características diferenciadas;
- 3) deve existir, abstratamente, uma lógica entre os fatos diferenciais e a distinção estabelecida pela norma jurídica;
- 4) concretamente, o vínculo de correlação deve ser pertinente em razão dos interesses constitucionais protegidos, tendo em vista para tanto o bem público.

Em outra obra, do mesmo autor<sup>108</sup>, há menção às discriminações que são lícitas ou também conhecidas pela doutrina por diferenciações:

- 1) não atinjam de modo atual e absoluto os princípios de generalidade e abstração da norma jurídica;
- 2) haja realmente nas situações, coisas e pessoas com características ou traços diferenciados;
- 3) exista lógica entre os fatores existentes e a distinção estabelecida;
- 4) a distinção estabelecida tenha um valor positivo, à luz do que estabelece a constituição Federal.

Fala-se atualmente em igualdade procedimental, estabelecido e gerado a partir do Estado Democrático de Direito, em que cuida das garantias inclusivas, das minorias que são identificadas e recebem, eficazmente, tratamento diferenciado, ou um tratamento especial dos poderes da República.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>109</sup>, destaca dois mecanismos para reconhecer e possibilitar a atuação pública:

---

<sup>107</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direita e Indireta. São Paulo: RT, 1991, p. 51.

<sup>108</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desiquiparações Proibidas e Desiquiparações Permitidas. RDTV, vol. 1, 1993, p. 79/83.

<sup>109</sup>CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas Como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 16/17.



- 1) a minoria deve ser marginalizada economicamente, socialmente e politicamente, de modo que a lhe faltar meios para atrair a atuação dos políticos e de outros eleitores para seus interesses;
- 2) a minoria pode ser vítima de preconceitos, ódio e estereótipos tão sérios que aos olhos da maioria façam com que eles sejam limitados ou punidos em razão de seus traços distintivos ou traços de diferenciação, que pode ocorrer, mesmo que tal limitação-punição não atenda a nenhum outro interesse mais respeitável ou dotado de legitimidade para outros grupos.

Paulo Lôbo<sup>110</sup> argumenta que o mais importante desse princípio é desafiar as desigualdades sociais e a concentração de rendas em pequena parcela da população, características salientes da sociedade brasileira e somente poderiam ser pacificadas esses fatores com a aplicação efetiva do direito, por todos os seus ramos específicos e através do direito civil<sup>111</sup>.

Ronald Dworkin<sup>112</sup> argumenta a respeito da igualdade distributiva e bipartida em igualdade do bem-estar e igualdade de recursos. O esquema de distribuição trata as pessoas como iguais quando distribui e transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar. A segunda afirma que as trata como iguais quando distribui e transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos.

A crítica que estabelece o autor, é de que a igualdade do bem-estar é a que importa e o conceito de bem-estar foi inventado por economistas para definir o que é fundamental à vida e não o que é apenas instrumental, e desse modo, um meio de atribuir o devido valor aos recursos e estes serem valiosos contanto que produzam bem-estar. E ao ser definida a igualdade segundo os recursos não vinculados ao bem-estar que trazem, será confundido os meios com os fins, e permitirá uma fascinação fetichista pelo que deveria ser tratado como apenas instrumental. Se há de se tratar as pessoas genuinamente como iguais, deve-se haver empenho em tornar as vidas delas igualmente desejáveis ou lhes oferecer meios para fazê-lo e não apenas igualá-las em seus saldos bancários.

Na igualdade de recursos ou utilitarismo proposta pelo autor, define a função maximizadora do bem-estar em outra variante: deve ser produzida em vantagem própria.

O maior fator de transformação do princípio da igualdade no direito civil, centra-se no fenômeno jurídico da constitucionalização das relações civis, cuja característica notável

---

<sup>110</sup>Ob. cit., p. 87.

<sup>111</sup>Descreve o autor: Busca-se, no plano jurídico, a ampliação do conceito de igualdade, desafiando as desigualdades sociais e a imensa concentração de renda, que têm marcado a vida social brasileira. E isso se reflete, evidentemente, na aplicação efetiva do direito em geral e no direito civil. Amplia-se para a igualdade de todos na lei, suprimindo-se os componentes de desigualdades do conteúdo das normas jurídicas.

<sup>112</sup>Ob. cit., p. 3/17.

é a superação entre a Constituição e o Código Civil/2002, que antes eram conceituados como sendo instrumentos jurídicos separados e que continham em si mesmos, disciplinas que esgotavam as relações sociais de cada espaço e tempo que normatizavam.

Por esse acesso, a Constituição Federal e o Código Civil/2002, são instrumentos que se harmonizam ao confronto do art. 5º § 1º do primeiro diploma legal, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ao proteger a propriedade com perspectiva da sua função social, a desigualdade existente na sociedade e a opressão estatal, sofre forte abatimento e se relaciona diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois se concebe o gênero humano revelado pela ciência na inexistência de raças, mas centrada na raça humana, que se identificam geneticamente pelo mesmo código.

No Código Civil/2002, o direito social de moradia que tem diferença notável do conceito de propriedade, a questão da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, se qualifica pela detenção do bem e a exploração com a utilização da força do trabalho e remove os obstáculos outrora existentes no ordenamento jurídico, como a exclusividade da propriedade, forçando a igualdade substancial que está definido no Código Civil/2002.

Na seara constitucional, o princípio da igualdade está encartado nas garantias individuais fundamentais, e pode-se levar em consideração o trecho da dissertação de mestrado de Edna Ferraresi Orsini<sup>113</sup> ao afirmar que a igualdade é a essência dos direitos humanos, pois tem como base o que é inerente a todos os homens, em decorrência de sua própria humanidade, e ao faltar a vontade política e econômica se estabelecerá a desigualdade.

### **2.2.3 Princípio da liberdade**

Na Constituição Federal, esse princípio emerge do art. 5º, *caput*, ao assegurar a inviolabilidade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, enquanto no direito civil a liberdade é disposta à pessoa para que execute todas as suas escolhas sem impedimento, porém, devendo observar os princípios fundamentais e os direitos de outras pessoas.

A liberdade se desenvolve no direito civil através de normas facultativas ou permissivas que expressa uma ação fundada na liberdade de conduta, tampouco cria risco à

---

<sup>113</sup>ORSINI, Edna Ferraresi. O Princípio da Dignidade Humana: Garantia Constitucional. Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília, 2006, p. 114.

sociedade, atuando, se assim entender, que deva agir ou não, e ao agir se justifica em norma jurídica.

Ao atuar o magistrado na análise dos requisitos exigidos pela lei e se a conduta do pretendente a desapropriação judicial privada por posse-trabalho preenche todos os requisitos legais, o fato juridicamente protegido configura-se permissivo.

É a conhecida *cláusula de reserva de jurisdição* ou *postulado de reserva constitucional de jurisdição*, que muito bem discorre o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 23.452<sup>114</sup>.

Declina o decano que o Poder Judiciário ao intervir para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da constituição, desempenha de maneira plenamente legítima as atribuições que lhe conferiu a própria Carta Política; o regular exercício da função jurisdicional quando seguido pelo respeito à Constituição, não desobedece ao princípio da separação dos poderes.

E também por normas dispositivas ou supletivas que determinam uma responsabilidade que se materializa por meio de uma ação ou de uma omissão de não praticar atos lesivos a terceiros, conhecidos no direito romano como *neminem laedere*.

Esse princípio do *alterum non laedere* ou *neminem laedere*, tem a significação de não lesar a outrem, que estruturalmente convivem com outros dois princípios do *honest vivere* (viver honestamente) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu)<sup>115</sup>.

## 2.2.4 Princípio da função social

Além do mencionado no item 1.5 desta dissertação, José Afonso da Silva<sup>116</sup> adverte que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

O uso e gozo, elementos que compõem o direito de propriedade, se destinam primordialmente à satisfação das necessidades individuais do proprietário, para desenvolvimento de seu bem-estar físico e moral, porém, tem o dever de satisfazer

---

<sup>114</sup>Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>115</sup>ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 94: Lê-se no Digesto (1, 1, 1, pr.) que Ulpiano considerava exata (elegantemente) a definição de Celso: *ius est ars boni et aequi* (...). O objetivo principal do direito é dirimir os conflitos de interesse, pela aplicação prática da justiça, que é sugerida ao jurisconsulto pela consciência social da época.

<sup>116</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 254.

necessidades coletivas sob influências socioeconômicas, conduzindo a concepção de atendimento dos anseios do proprietário e a coletividade, preservando-se a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio artístico e histórico, seja evitada a poluição do ar e das águas, e também de não contaminar o solo.

De conseguinte, ao usar e gozar a propriedade como instrumento de produção e circulação de riqueza ou para moradia, não há a possibilidade de se transformar em instrumento de destruição de valores que a sociedade considera como relevantes para a preservação da atual e das próximas gerações.

Na desapropriação judicial privada por posse-trabalho a função social da propriedade se manifesta na não utilização da propriedade por seu titular e àqueles que pretendem desapropriá-la o dever de indenizar, para não se configurar o perdimento, que só é autorizado em caso de crime. No tema da propriedade, a Constituição Federal estabelece no art. 182 § 2º, o dever mínimo a ser observado na propriedade urbana e no art. 186, o que se refere à propriedade rural, porém não se esgotam no direito civil.

### **2.2.5 Princípio da eticidade**

O Código Civil/2002 se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do direito romano, procurando, ao invés de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o direito privado.

Por isso, muitas vezes se percebe a previsão de preceitos genéricos e cláusulas gerais, sem a preocupação do encaixe perfeito entre normas e fatos.

Distancia-se do excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores, a melhor concepção da Teoria Tridimensional do Direito.

Os juízes passam a ter autonomia e amplitude maior de interpretação e será o aplicador da norma, chamado para preencher as lacunas fáticas e as margens de interpretação deixadas pelas cláusulas gerais, sempre resguardado pela proteção da boa-fé, da moral, da ética e dos bons costumes.

Esse princípio é encontrado em vários dispositivos do Código Civil/2002, tendo como exemplo o art. 113, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

O art. 187, prevê justamente qual a sanção para a pessoa que não agir com boa-fé, função social ou econômica de um instituto ou os bons costumes, portanto, cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito: comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O art. 422, traça que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato e vai além a doutrina com os estudos dos deveres anexos.

As cláusulas gerais ou abertas que esse princípio ostenta, aproximam os valores éticos aos casos concretos, e com maior possibilidade de menor rigidez nas decisões, não se firmando na norma aplicada ao fato concreto, mas com a moral e os bons costumes, o que significaria maior justiça.

### **2.2.6 Princípio da socialidade**

O Código Civil/2002 transcende o individualismo da codificação anterior, valorizando a coletividade, prestigiando as mudanças sociais pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, a standardização dos negócios e o surgimento da sociedade de consumo em massa, produzindo outra realidade.

A posse conceitua-se e se inspira na função social, prevendo o Código Civil/2002, a diminuição dos prazos de usucapião quando estiver configurada a posse-trabalho, situação fática em que o possuidor despendeu tempo e labor na ocupação de determinado imóvel.

Desse modo, valoriza-se quem planta e colhe, o trabalho da pessoa natural, da pessoa comum. São as regras dos arts. 1.238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único do Código Civil/2002.

Prestigiou-se a posse produtiva, nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, objeto de estudo desta dissertação, ao inovar com a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, expressão defendida por Miguel Reale, Ebert Vianna Chaumon, Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce.

A propriedade orienta-se pela sua função social no art. 1.228 § 1º do Código Civil/2002 e vai além, ao prever a função sócio-ambiental do domínio, não podendo o exercício do direito de propriedade gerar danos ao ambiente natural, cultural ou artístico.

O Código Civil/2002 confirma a proteção prevista nos arts. 5º, XXII e XXIII; 170, III e 225 da Constituição Federal.

Gustavo Tepedino<sup>117</sup> ao comentar o princípio da socialidade, descreve que a visão do direito civil constitucional tem a sua característica mais importante nas cláusulas gerais amparado nos valores de todo sistema jurídico, que tem a missão transformadora da realidade a partir das relações privadas com fundamento na solidariedade e justiça social<sup>118</sup>.

### **2.2.7 Princípio da operabilidade ou concretude**

O Código Civil/2002 segue a tendência de facilitar a interpretação e aplicação dos institutos nele previstos, eliminando as dúvidas que haviam na codificação anterior, ancorado no tecnicismo jurídico.

Como exemplo disso, os institutos da prescrição extintiva e da decadência, tema que conduzia dúvidas pela lei anterior.

Agora, mais facilitadas as previsões legais desses institutos, poderá o estudioso do direito entender muito bem as distinções existentes e identificar com facilidade se determinado prazo é de prescrição ou de decadência.

Também, como lembra Miguel Reale, no artigo aqui já citado, um dos exemplos que expõe essa nova orientação jurídica está nas expressões “associação” e “sociedade”, designando-se a primeira para indicar as entidades sem fins econômicos e a última com objetivos econômicos, e pode-se usar do recurso das cláusulas gerais ao surgir a hipótese de não se ter com exatidão o alcance da regra jurídica<sup>119</sup>.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>120</sup> salientam que não há espaço para ineficiência no Código Civil/2002, e que a velha escola francesa que somente se contenta quando a norma alcança seu objetivo ao preencher todos os seus contornos

---

<sup>117</sup>TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed. 2004, p. 18.

<sup>118</sup>Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com as tábuas de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e da justiça social.

<sup>119</sup>Põe-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e está para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo (art. 575).

<sup>120</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, v. 1, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 57.

legais, não mais ecoa, e temos de ter a coragem de descartar o temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis<sup>121</sup>.

Justamente aqui, mantendo relação com a operabilidade, encontra-se uma das maiores críticas ao Código Civil/2002, apontando alguns doutrinadores que a nova codificação cria juízes ditadores ou solipsistas, ao dar enorme margem de interpretação para que o magistrado crie o direito. Na verdade, o Código Civil/2002 deve ser encarado como uma realidade inspirada na melhor teoria do seu principal idealizador.

Afastando essas críticas Miguel Reale<sup>122</sup> discorre que o direito concreto, aquele que se realiza por intermédio dos magistrados, a quem a Constituição Federal destinou competência funcional para essa finalidade, pois têm ainda aptidão de valorar a aplicação da norma<sup>123</sup>.

Por outro lado, não se olvide das críticas contundentes realizadas por Edson Luiz Fachin<sup>124</sup> por entender que o direito privado estaria em crise indisfarçável, ao extravasar a hipótese de aplicação da norma pelos magistrados com maior amplitude, ao se revelar ideologias sistêmicas, criadas em um mundo diferente de ver, levando ao mundo das suposições que tornam a criar outro direito civil<sup>125</sup>.

Em matéria de direito contratual, o princípio da operabilidade pode ser percebido pela previsão taxativa e conceitual dos contratos em espécie, cujas previsões constam agora. O Código Civil/2002 conceitua a compra e venda, a locação, a empreitada, a prestação de serviços, o transporte, o seguro.

---

<sup>121</sup>Argumentam que: O Código Civil deseja afastar toda forma de conceituação estéril que não revele efetividade. É preciso, verdadeiramente, se desvincular da velha herança francesa de preencher o desenho da norma em todos os seus poros. Muitas vezes, a prática de conceituar é uma forma de esconder a nossa própria ignorância, ou um temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis.

<sup>122</sup> REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 5 out. 2003.

<sup>123</sup>Comenta que: Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz. Esses e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.

<sup>124</sup>FACHIN, Edson Luiz. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 2003, p. 6.

<sup>125</sup>Nesses termos prossegue: A crítica ao Direito Civil, sob essa visão, deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, na explicitação de limites e possibilidades que emergem da indisfarçável crise do Direito Privado. É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um mundo diverso de ver. E aí, sem deixar de ser o que é, se reconhece o 'outro' Direito Civil. E, se essa proposta escala montanhas epistemológicas, voa em rotas mal percorridas e mergulha em águas turbulentas, não despreza as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o flúmen tranquilo da cognição adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, tout court, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro.

E na desapropriação judicial privada por posse-trabalho, não se desvinculou dessa concretude ao estabelecer os requisitos obrigatórios para o deferimento.

### **2.2.8 Princípio da autonomia privada**

Esse princípio é fruto da filosofia iluminista, confundindo-se com a noção de liberdade, sob o ponto de vista de não impedimento, pelo qual, no atual estágio do direito civil, resigna-se com os valores da Constituição Federal, fortalecendo as normas fundamentais protetoras da dignidade da pessoa humana.

Novamente Paulo Lôbo<sup>126</sup> deflagra esse ponto atual, ao sustentar que a autonomia privada cedeu os contornos liberais de poder aos particulares autorregular seus próprios interesses, principalmente quando no confronto uma das partes é vulnerável, sendo atualmente perseguida a busca pelo equilíbrio dos direitos e obrigações, sem subjugar a vontade de um ao outro, sob a ótica da dignidade da pessoa humana<sup>127</sup>.

Gustavo Tepedino<sup>128</sup> informa que se deve observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade, reduzida por muitos, a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.

Esse princípio da autonomia da vontade, mais presente nas relações contratuais e de consumo, no âmbito do direito das coisas tem como traço característico a vontade e um elemento objetivo, concreto ou real em que se promove a eficácia normativa, e o poder jurídico do particular cria uma situação jurídica sobre a propriedade alheia que não deu sentido a outro princípio, o da função social da propriedade, em contrapartida de ter utilizado o trabalho com instrumento transformador, e esse sendo o efeito da autonomia privada.

---

<sup>126</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.

<sup>127</sup>Leia-se: Em suma, a autonomia privada não mais pode ser concebida como o espaço livre e desimpedido onde os particulares possam autorregular seus interesses, máxime quando o poder privado submete o outro vulnerável. Sua função atual é muito mais a de permitir que os poderes privados atinjam o equilíbrio de direitos e obrigações, sem submissão de um titular a outro. Ou, então, em dimensão fortemente axiológica, que seja repensada como importante instrumento de ponderação da dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

<sup>128</sup>TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. t. III, 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5/6.



## 2.2.9 Princípio da boa-fé objetiva

É o que se espera do comportamento social através de atitudes honestas, leais e corretas. Portanto, é a conduta das pessoas nas relações jurídicas, comportando-se com confiabilidade.

No campo das relações patrimoniais tem pouca incidência, pois se relaciona ao direito obrigacional conforme está estampado no art. 113 do Código Civil, ao declinar que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Pode-se, entretanto, referir-se às construções teóricas do art. 422 do Código Civil/2002, ao que diz respeito à desapropriação judicial privada por posse-trabalho, sendo eles: *i) supressio e surrectio; ii) tu quoque; iii) exceptio doli; iv) venire contra factum proprium; v) duty to mitigate the loss.*

Assim o são porquanto a *supressio*, ou supressão, relaciona-se ao comportamento do proprietário da coisa ao renunciar ao exercício efetivo da função social da propriedade, posição jurídica que é imprescindível para manutenção da qualidade de proprietário.

Em contrapartida a esse não exercício da função social da propriedade (supressão) nasce o *surrectio*, ou surgimento do direito aos possuidores de boa-fé, por período ininterrupto superior a cinco anos, exercitado por considerável número de pessoas e estas terem realizado em conjunto ou separadamente obras e serviços que são considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, de pretender a intervenção judicial para, através da desapropriação judicial por posse-trabalho de tornarem-se os proprietários.

Tem a aplicação da regra de ouro por vedar que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (*tu quoque*), e nesse ponto específico dirige-se aos possuidores, que somente terão acesso ao direito de propriedade, ao exercerem a posse com observância da boa-fé, não sendo permitido em qualquer hipótese que abusem do direito de posse e, desse modo, tornar-se proprietário.

Confunde-se a *tu quoque* com a *exceptio doli*, em que a defesa do proprietário da coisa, se volta contra as ações dolosas e contrárias à boa-fé objetiva dos possuidores.

Na proibição de comportamento contraditório, ou *venire contra factum proprium*, evidencia-se aos detentores da coisa, que não chegam a exercer de fato a posse, e sabendo de que a detenção da coisa não geraria nenhum efeito jurídico, contrariam o

comportamento anterior, e ofende o dever de confiança e lealdade, vindo a desconfigurar a desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

E finalmente, o dever de todos os envolvidos em mitigar as perdas ou o prejuízo, na hipótese do *duty to mitigate the loss*. Aos possuidores e ao proprietário a colaboração é intrínseco ao confrontar-se a posse-trabalho e a propriedade que não atende à função social, a significar que não há um direito sem limites, pois a privação da propriedade e a indenização devem ser justas, sem levar em considerações exageros, bem como, em contrapartida, os possuidores não podem exagerar nas benfeitorias empregadas.

### 2.3 Fundamentos do Código Civil de 1916

O Código Civil/1916, inspirado na Revolução Francesa com os seus eixos revolucionários: cultural, filosófico, político e social, tinha como supervalor o homem individualista, o liberalismo, e desse modo, como o Estado intervém nessas relações.

O ponto fulcral daquela época partia da afirmativa de que o homem era um ser autossuficiente, titular ou sujeito de direitos, determinando um caminho sem volta ao patrimonialismo, cuja interpretação de igualdade era meramente formal e abstrata.

A plenitude da pessoa humana se inspirava nos valores iluministas<sup>129</sup>, cujo direito de propriedade era em sentido pleno de detenção, gozo e disposição sem nenhuma interferência do Estado, que em mesmo sentido, era o Estado Liberal.

Por ser absoluto o direito de propriedade, não tinha lugar sequer para que a função social, como hoje conhecemos, tivesse chance de ser ou de existir.

O ser humano comum, antes da Revolução Francesa, sentia forte opressão da Monarquia e da Igreja; depois que houve a libertação, seus valores passaram a ser a igualdade, a liberdade, e a fraternidade, como fundamentais à realização da pessoa humana, exaltando-se o direito de propriedade.

O Brasil colonial dos séculos XVI a XIX vivia a era da propriedade latifundiária que agravava a desigualdade e a desvalorização do ser humano, negando a transferência da propriedade e do domínio definitivo, valendo-se a coroa portuguesa do instrumento legal denominado de sesmarias<sup>130</sup> (sesmar: repartir), pelas quais eram concedidas ou legitimadas a

---

<sup>129</sup>Movimento intelectual que ocorreu na Europa do século XVIII e com maior expressão na França, onde houve grande transformação da ciência e da filosofia, como também, forte influência cultural, social, político, filosófico e espiritual. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Iluminismo>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

<sup>130</sup>O Livro 4º, Título XLIII, das Ordenações do Reino de Portugal, definia as sesmarias: são propriamente as datas de terras, casais (pequena povoação ou vilazinha) ou pardieiros (antiga habitação em mau estado de

posse ou os direitos de uso sobre vastas extensões de terras, para que fossem colonizadas e povoadas, conquanto, dentro de um prazo de cinco anos, fossem efetivamente exploradas, conforme entabulado nas Ordenações Filipinas, L. 4, T. 43, 3.

Em 1822, o príncipe regente Dom Pedro, perto de declarar a independência do Brasil, determinou a extinção das sesmarias através da Resolução de 17 de julho desse ano, desencadeado por meio de um requerimento de conservação de posse, persistindo até 1850 a apropriação das terras públicas por via da posse.

Com a proclamação da independência do Brasil, e a promulgação da Constituição do Império de 1824, o modelo de titularidade liberal foi fixado no art. 179 dessa Carta Política, deferindo a inviolabilidade da propriedade do cidadão, portanto, não se referindo à posse.

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida por Lei de Terras Devolutas do Império<sup>131</sup>, teve como maior fundamento a proteção dos posseiros ou os sesmeiros irregulares, igualando a condição fática à jurídica de propriedade, que para os juristas da época, teria introduzido definitivamente no Brasil o modelo moderno liberal de propriedade, de cunho eminentemente individualista e exclusivo sobre a coisa, materializando em concreto a garantia da propriedade privada deflagrada na Constituição do Império de 1824.

O esboço do Código Civil/1916, idealizado por Teixeira de Freitas em 1862, com forte inspiração do Código de Napoleão de 1804, no art. 4.071, não rompeu com a tradição ao declarar que a propriedade é um direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria, com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, o que reforçava o conceito jurídico de senhorio absoluto e ilimitado sobre os bens; contudo não se tornou lei.

A Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864<sup>132</sup>, reforçou a ideia do modelo de propriedade privada exclusiva e liberal moderna, ao passo que motivou a garantia de crédito hipotecária entre os proprietários agrícolas e os credores com o emprego do patrimônio agrário.

---

conservação) que foram o são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora não são. Disponível em: <<https://martaiansen.blogspot.com.br/2015/06/doacao-de-sesmarias.html>>. Acesso em: 05 out. 2017.

<sup>131</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

<sup>132</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM1237.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM1237.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

Os conselheiros Ribas e Lafayette Rodrigues Pereira<sup>133</sup>, este um dos mais influentes civilistas do século XIX e especialista em direito das coisas, por sua obra publicada em 1877, conceituou a posse como direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios.

Em 1881, Felício dos Santos e em 1890, Coelho Rodrigues idealizaram outros projetos do Código Civil, porém, sequer foram levados à Câmara, e sempre com os mesmos ideais.

Durante o governo de Campos Sales, num tempo de muita agitação política nacional, renasceu a discussão de unificação da legislação civil.

O Código Civil/1916 teve início mais de um século depois da Revolução Francesa, em novembro de 1898, por projeto de iniciativa do Ministro da Justiça no Governo Provisório de Campos Sales, ao contratar, para a elaboração, o professor da Faculdade de Recife, doutor Coelho Rodrigues, que em 25 de janeiro de 1899, convidou Clóvis Beviláqua para dar andamento ao projeto.

O esboço de Teixeira de Freitas e o projeto de Clóvis Beviláqua têm uma distância de mais de meio século no qual prevalecia, no primeiro, a tradição jurídica portuguesa e no segundo, a posição liberal e positivista, livre das tradições do passado colonial-português.

O senador Ruy Barbosa declarou publicamente no jornal A Imprensa do Rio de Janeiro, em 14 de março de 1899, que a pressa dada à empresa da codificação do Código Civil, forçosamente haveria de produzir uma obra tosca, indigesta e aleijada, cujo escolhido era um noviço ainda não amadurecido para empresa de tal porte, e no dia seguinte, no mesmo veículo de imprensa, afirmou que a escolha de Clóvis Beviláqua para codificar nossas leis civis fora um rasgo no coração, não na cabeça.

Na época foi uma das polêmicas intelectuais mais exaltadas, visto que Rui Barbosa se limitou à avaliação gramatical, nos desvios da norma culta, destacando erros de concordância, cacófatos, como exemplo: a intrínseca validade do art. 114 e assonâncias.

Outro crítico ao projeto do Código Civil de Beviláqua foi o doutor Inglez de Souza, em anúncio da Revista Brasileira do Rio de Janeiro, vol. XVII, março de 1899, p. 275, assentando que as codificações pareciam obras inadequadas para aquele tempo e não se justificava por nenhuma conveniência pública a codificação das leis civis, nem a opinião está preparada para essa ingente tarefa, nem o momento é azado para pensar traçar,

---

<sup>133</sup>Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>>. Acesso em: 5 out. 2017.

definitivamente, o círculo em que hão de girar as atividades sociais, nas relações de direito privado.

Os conselheiros Duarte de Azevedo e Aquino e Castro, deram seus pareceres. O primeiro, de ser um estudo acurado e erudito, um trabalho valioso; o segundo, um documento merecedor de apreço pelo espírito liberal que o anima, conforme se encontra dos anais em Parecer de Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro, 1902, vol. 2, p. 12 a 26 e nas Atas dos Trabalhos da Comissão Revisora do Projeto do Código Civil, Rio de Janeiro, 1901, p. 10 a 14.

Carneiro Ribeiro, um dos mais conceituados filósofos do século XX, também se esmerou na defesa do projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua.

Em 1916, depois de longo período de discussão, vencida a polêmica, resultado de divergências pessoais entre Rui Barbosa e Clóvis Beviláqua, aprovou-se o Código Civil, cuja sociedade brasileira habitava predominantemente a área rural e exercia funções rurais.

O Código Civil/1916, com forte influência do Código Napoleônico, no que se refere à propriedade, reproduziu o fundamento de direito natural e um valor em si, conforme disposto no art. 524 do diploma francês: a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta; e no Código Civil/1916, o art. 524, dispunha: a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possua.

Clóvis Beviláqua, teve forte inspiração das correntes mais expressivas de sua época, uma das quais a Escola das Pandectas<sup>134</sup>, pelos seus ilustres juristas Windscheid, Ihering e com menos enfoque em Savigny.

Nas Disposições Preliminares, o art. 1º dispunha que o Código Civil/1916 regulava os direitos e obrigações de ordem privada, concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Clóvis Beviláqua<sup>135</sup> lecionava que o Código Civil/1916 era um arcabouço jurídico que dispunha de princípios, regras e normas exclusivas de direito privado, excluindo-se, inclusive o direito comercial, ou qualquer outro pertinente aquele ramo do direito privado; além de não estatuir qualquer outras disposições pertinentes aos ramos do direito público,

---

<sup>134</sup>Por Direito das Pandectas entende-se o direito privado comum alemão de origem romana. Direito privado comum alemão é o direito privado alemão, que vige na Alemanha como um todo. Este direito privado comum alemão é nacional somente em parte; no resto, e na maior parte, apoia-se sobre direitos estrangeiros recebidos, entre os quais o direito romano ocupa o primeiríssimo lugar. Windscheid, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Editrice Torinese, 1902. v. I, t. I.

<sup>135</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 6. t., edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 168.

aqui abrangendo o direito constitucional, o direito administrativo, o direito previdenciário e todos os demais, bem como, os atinentes ao ramo do direito processual, seja direito processual civil, direito processual penal ou direito processual tributário<sup>136</sup>.

Essa codificação civil nasceu inspirada na modernidade liberal, que tem como ponto central o individualismo jurídico, outorgando ao direito de propriedade o poder absoluto sobre a coisa.

Ebert Vianna Chamoun<sup>137</sup>, com sua contribuição jurídica, orientava a respeito do direito real, inspirado no liberalismo da época, expondo que o direito real conferia ao seu titular o direito de ampla oponibilidade e de caráter absoluto em relação a intervenção alheia, não cedendo perante os demais direitos<sup>138</sup>.

Essa posição doutrinária, mesmo depois de trinta e cinco anos em vigor do Código Civil/1916, torna evidente que os aspectos profundos do individualismo, da exclusividade do senhorio sobre a coisa, fundada nos ideais do Brasil Colonial e na Revolução Francesa, eram os fundamentos jurídicos que prevaleciam, até ser interrompido pela nova ordem constitucional de 1988.

Essa nova ordem constitucional de 1988 inspira-se em valores centralizados na dignidade da pessoa humana, atenuando a caráter absoluto do senhorio em relação a coisa.

O Código Civil/2002 sofreu forte influência dessa nova ordem constitucional, conceituando os institutos, que até então eram considerados absolutos, com a relatividade que a Constituição Federal deflagrou.

## **2.4 Fundamentos do Código Civil de 2002**

Miguel Reale<sup>139</sup>, considerado o responsável pelo Projeto do Código Civil/2002, apesar de negar que almejava ser o Código Civil o diploma legal mais importante, rivalizando inclusive, com a Constituição Federal, deixou sua característica filosófica

---

<sup>136</sup>*In verbis*: O pensamento do artigo é assinalar que no Código Civil se não encontram disposições relativas ao direito público, ao direito comercial e ao processo. Colocado em seguida à Introdução, não se aplica o dispositivo ao que ali se prescreve, porquanto, essa parte preliminar no Código Civil, como já se viu, contém disposições de direito público e de direito internacional privado que interessam ao direito civil, mas estão fora de sua esfera.

<sup>137</sup>CHAMOUN, Ebert Vianna. Instituições de Direito Romano, Rio de Janeiro: Forense, 1. ed. 1951, p. 199.

<sup>138</sup>*In verbis*: O direito real é o direito que, em princípio, confere ao titular o poder de excluir da senhoria sobre uma coisa a intervenção alheia. Essa oponibilidade ampla do direito real, que importa que, via de regra, todos sejam titulares do correspondente dever jurídico, caracteriza-o como direito absoluto, em contraste com o direito pessoal que, podendo opor-se de ordinário a uma só pessoa, e tendo, portanto, um único sujeito passivo, o chamado devedor, define-se como um direito relativo.

<sup>139</sup>REALE, Miguel. O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da Ética da Situação. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

transparecer, com forte base no culturalismo, corrente filosófica fincada no neokantismo que se utiliza da cultura e na formação sistemática e analisada criteriosamente nos fatos pretéritos.

E com esse ponto central, o Código Civil/2002 rompe com a barreira do individualismo absolutista anterior e inaugura a era dos princípios solidaristas enfeixados no culturalismo, com a predominância da coletividade, não escapando da revisão dos maiores pilares do direito civil: propriedade, contrato, família, empresa e herança.

O Projeto do Código Civil/2002, desse modo, aponta as diretrizes básicas, seguidas pela Comissão Revisora: *i*) a preservação do Código Civil/1916 sempre que possível, por se tratar de instrumento jurídico bem elaborado; *ii*) a alteração dos princípios do direito privado em relação à codificação anterior, valorizando a eticidade, a socialidade e a operabilidade; *iii*) o aproveitamento dos demais trabalhos da reforma do Código Civil; *iv*) a inserção de matérias já consolidadas ou com relevante grau de experiência ou crítica; e) a nova estrutura e organização das matérias e a valorização de um sistema fundado em cláusulas gerais para dar-se certa margem de interpretação ao julgador.

A ideia filosófica exaltada no Código Civil/2002 se sustenta na lealdade, na boa-fé e na funcionalização social.

As diretrizes principiológicas básicas da codificação privada civilista, idealizada por Miguel Reale, podem ser considerados como seguem no subitem 2.2, desta dissertação.

Interessante frisar também a intenção de manter um Código dividido em uma Parte Geral e uma Parte Especial e cuja intenção é manter relação com a operabilidade, já que tal organização facilita e muito o estudo dos institutos jurídicos.

Não se nega a importância da Parte Geral do Código Civil, conforme, mais uma vez, Miguel Reale<sup>140</sup> sustentou, ao demonstrar que a tradição consagrada desde o Código Civil alemão de 1900, reiterada tradição de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, esse capítulo será para fixar os parâmetros do ordenamento jurídico civil, estabelecendo normas sobre as pessoas e os direitos de personalidade, e por ser a pessoa o valor-fonte de todos os valores jurídicos, neste particular, o emprego direto do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup>REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 5 out. 2017.

<sup>141</sup>*In verbis*: Não creio ser necessário desenvolver argumentos justificadores da manutenção da Parte Geral, que é da tradição do Direito pátrio, desde Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, independentemente da influência depois consagradora da tese pelo Código Alemão de 1900. Bastará lembrar a resistência oposta pela grande maioria de nossos juristas quando se quis elaborar um Código Civil, por sinal que restrito, sem a Parte Geral, destinada a fixar os parâmetros do ordenamento jurídico civil. É ela que estabelece as normas

E com esse espírito inovador do valor-fonte centrado na pessoa humana, que o constitucionalismo se tornou o eixo, a fonte principal do direito civil, e ao se falar em constitucionalismo, rebusca-se nas reflexões históricas o aperfeiçoamento das relações sociais que se caracterizam pela absorção de valores morais, que se movem por meio de direitos fundamentais, aplicados sem questionamentos.

Os valores-fontes que estão evidenciados no Código Civil/2002 e viabilizam a efetiva concretização, segundo Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco<sup>142</sup>, são os modelos jurídicos, não só os legislativos mas, por igual, os modelos jurisdicionais, os negociais e os costumeiros, pois, para os autores, é também tarefa de um Código Civil, obra legislativa de assentamento e solidificação, acolher as soluções ao longo do tempo moduladas pela atividade dos juízes, e abrir espaço à produção jurídica da sociedade.

Predomina sobre o Código Civil/2002 a parte dogmática-axiológica da Constituição Federal de forma que os direitos fundamentais garantem a efetividade das garantias e direitos individuais, econômicos, sociais e culturais, que são traçados por valores e princípios.

O Código Civil/2002 na visão doutrinária sob esse ponto valorativo e principiológico, é unânime em assentar uma nova disciplina denominada de direito civil constitucional, expressão cunhada em primeira mão por Pietro Perlingieri<sup>143</sup>.

Defende o jurista italiano que o conjunto de bens, de valores, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera, não existindo, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora.

No Brasil, a escola carioca fortaleceu essa visão contemporânea do direito civil constitucional, conduzido pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza; na Universidade Federal do Paraná por Luiz Edson Fachin; no nordeste por Paulo Lôbo, em

---

sobre as pessoas e os 'direitos da personalidade', que estão na base das soluções normativas depois objeto da Parte Especial. Merece encômios essa providência de incluir disposições sobre os direitos da personalidade, uma vez que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos.

<sup>142</sup>MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XV.

<sup>143</sup>PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.



São Paulo Renan Lotufo, da Pontifícia Universidade Católica e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, da Universidade de São Paulo.

Disso decorre afirmar que o instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, além de ser uma das maiores inovações jurídicas que ocorreram com a nova ordem civil-constitucional, é estritamente instituto legítimo dos atuais valores principiológicos pertencentes a posse, a propriedade e mais ainda, a posse-trabalho, como acima já foram mencionados.

## **2.5 Fundamentos do direito administrativo**

A clássica conceituação ao direito administrativo diz se tratar do ramo do direito público que disciplina a função administrativa, as pessoas e os órgãos que o exercem, e são regidas por normas e princípios que formam o conjunto orgânico e harmônico, exercido pelas três esferas do poder: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Esse conceito é típico do direito administrativo brasileiro, por abranger as peculiaridades que combinam critérios objetivos e subjetivos do conceito de administração pública e todas as funções das autoridades administrativas.

O objeto do direito administrativo se relaciona diretamente aos fins desejados pelo Estado e, como já referido, pelas três esferas de poder, compondo-se da atividade imediata ou ação social do Estado; abstrata ou legislativa; e finalmente, a atividade indireta exercida pelo judiciário. De conseguinte, estabelece o funcionamento do Estado, deixando ao direito constitucional a função estrutural.

Por outras palavras, a atividade administrativa do Estado, é promover a satisfação das necessidades coletivas comuns que se produzem por meio de atos jurídicos normativos ou executivos, nestes, compreendidas as atividades materiais.

No atual estágio do direito administrativo democrático, o Estado tem como maior função a promoção dos interesses da coletividade, deixando de ser encarado como antes, ou seja, meio de apropriação do poder político que visava os interesses minoritários dos governantes ou de algumas classes dominantes.

Não se olvide que a sociedade civil tem assumido parcelas importantes e fundamentais no desenvolvimento das relações estatais, tornando-se consciente, para orientar-se com a autonomia privada e garantir a satisfação dos direitos fundamentais.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>144</sup> afirma que a base filosófica do direito administrativo é servir a pessoa humana contra os abusos cometidos pelo Estado, tendo como fonte asseguradora o Estado Democrático de Direito:

[...] o direito administrativo não subjuga os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado, pelo contrário, existe para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, sendo, por excelência, o direito defensivo do cidadão, um filho legítimo do estado de direito, que instrumentaliza e arma o administrado para defender-se contra os perigos do uso desatado do poder.

Muito se fala no direito administrativo a respeito do interesse público ou na indisponibilidade e supremacia do interesse público sobre o interesse particular, referindo-se a uma posição privilegiada dos órgãos estatais e de restrições no desenvolvimento da atividade privada.

Indisponível é a qualidade de impossibilitar destruição, a alteração da boa ordem e da harmonia do regime jurídico; supremo é o atributo do que está acima de tudo, o mais alto, o mais elevado, o principal.

Nesse contexto se tem a nítida ideia de ser inderrogável toda e qualquer interpretação que não dê superioridade ao interesse público em face de qualquer outro princípio ou regra.

Contudo, os direitos fundamentais também são de interesse de toda a coletividade e, em sua maioria, prestigiam direitos individuais e ostentam em mesma intensidade indisponibilidade e supremacia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos declara ser direito fundamental, o gozo da propriedade e segundo podemos pensar são as denominadas normas primárias de qualquer ordenamento jurídico positivado, cabendo ao Estado reconhecê-lo, não suprimi-lo por textos supervenientes, conforme disposto no art. 60 § 4º, IV da Constituição Federal, pois se evita deliberações referentes às propostas de emendas tendentes a abolir direitos fundamentais.

O interesse público tem conexão com o interesse geral, aos valores de maior relevância e vinculados ao fim social expresso no ordenamento jurídico e, desse modo, pode-se falar em três elementos que o compõem: *i*) interesse geral; *ii*) fim social; e *iii*) bem comum.

---

<sup>144</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

Tem como característica importante ser um dos instrumentos de controle do poder, encontrando-se em evolução do autoritarismo à democracia, que não pode ser resolvido unicamente com a constitucionalização suprema, mas com relacionamento à legislação e unitarismo jurisdicional, conjugando soberania popular com os direitos fundamentais que igualmente se encontram em transformação, de conformidade com a realidade social, econômica e política.

É, em última palavra: efetividade, não se concebendo mais o exercício do poder descompromissado com resultados, ideal integrante da estrutura mínima de garantia individual e coletiva.

E não se pode negar que a desapropriação judicial privada por posse-trabalho é uma das realidades da evolução da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

## **2.6 Regra ou princípio a desapropriação judicial privada por posse-trabalho?**

Regra, tem como sentido, preservar a segurança jurídica e em última *ratio* a justiça geral e coordena-se por preceitos definitivos, de modo ao aplicador confrontar o fato com a hipótese normativa e quando houver convergência entre o fato e a regra, deve-se aplicar a regra.

Para Robert Alexy<sup>145</sup> regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Regra na concepção de Humberto Ávila<sup>146</sup> é a garantidora de direitos, ou se impõem deveres definitivos e significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, este direito é definitivo e deverá ser realizado integralmente, caso a regra seja aplicada no caso concreto.

Humberto Ávila<sup>147</sup> pondera:

É preciso, por fim, chamar a atenção para o fato de que o caráter descritivo das regras, inicialmente examinado, traz repercussões com relação à análise da linguagem estabelecida pela Constituição. Como mencionado, a escolha das regras estabelece âmbitos de competência muito diversos daqueles porventura

---

<sup>145</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte. Biel: Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>146</sup>ÁVILA, Humberto. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. Revista de Direito do Estado, nº 1, jan/mar 2006, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190 e 192.

<sup>147</sup>Ob. cit., p. 199.

existentes no caso da instituição dos princípios: enquanto nessa hipótese o Poder Legislativo pode escolher meios para promover os fins, naquela outra hipótese ele está previamente vinculado ao meio constitucionalmente escolhido. Isso porque as regras têm caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção da conduta, cabendo ao intérprete aplicar a regra cujo conceito seja finalmente-correspondente ao conceito dos fatos.

Virgílio Afonso da Silva<sup>148</sup> defende que no caso das regras, garantem-se direitos ou se impõe deveres definitivos, o que significa que se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicada ao caso concreto.

Em outra passagem do mesmo autor<sup>149</sup> é identificada a regra no sentido de quando interpretadas como sendo válidas, devem sempre ser realizadas por completo.

Riccardo Guastini<sup>150</sup> faz uma crítica a esse entendimento no sentido de que o modo de pensar parece se fundar na suposição ilusória de que a aplicação das regras não dá lugar a dúvidas ou dificuldades, nem comporta escolhas discricionárias, mais ou menos como se as regras possuíssem, sempre ou quase sempre, um campo de aplicação claro e bem determinado, sem margens de incerteza. Deve-se responder que, pelo contrário, também as regras padecem, não menos que os princípios, de certo grau de vagueza e, portanto, de controvérsia. E concluiu que a indeterminação ou elasticidade de formulação não parece um critério eficaz par distinguir com nitidez as normas dos princípios pela boa razão de que se trata de uma propriedade largamente comum de umas e outra: a diferença, se é que existe, é questão de grau.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>151</sup> extravasa quatro particularidades que opõem os princípios das regras jurídicas: *i*) os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição; *ii*) os princípios não têm a pretensão de exclusividade na decisão de um determinado caso concreto; *iii*) os princípios apenas definem o seu sentido próprio após um processo dialético de complementação e de restrição recíprocas; *iv*) os princípios, para contribuir para a resolução de um caso concreto, necessitam de uma concretização ou densificação através de subprincípios particulares, com conteúdo material próprio.

---

<sup>148</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

<sup>149</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p.33.

<sup>150</sup>GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 188/189.

<sup>151</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1989, p. 88.

Karl Larenz<sup>152</sup> subdivide o conceito *lato* de princípios jurídicos em princípios abertos ou ideias jurídicas diretas os quais faltariam o caráter formal de proposições jurídicas, quer dizer: a conexão, mesmo que genérica, entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica e indicariam somente a direção a ser percorrida pelo intérprete para encontrar a regra jurídica efetivamente aplicável ao caso concreto, sendo exemplo, os princípios que contemplam a autonomia da vontade e o Estado de Direito; e princípios com forma de proposição jurídica que representam uma concretização dos princípios abertos em uma determinada direção, podendo ser citado, nesse sentido, como concretizador da autonomia da vontade o princípio da liberdade de contratar que norteia todo o direito privado e com relação ao Estado de Direito, os princípios ou subprincípios da legalidade da administração, da proteção da confiança, do acesso à justiça e da vedação da retroatividade das leis.

Ronald Dworkin<sup>153</sup> com a tradição anglo-saxônica do pensamento jurídico fez prevalecer com relação entre os conceitos de regras e princípios na teoria do direito ao formular a crítica à definição positivista do direito como um sistema de regras que contribui decisivamente para a definição dos princípios e dos critérios de distinção entre as duas espécies normativas, formulando duas distinções referentes ao gênero norma jurídica. A primeira, que distingue os princípios das políticas e, a segunda, que divide as normas em princípio e regras, conceituando princípio em duas acepções:

*i)* ao opor-se à política um princípio estabelece um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, porém, porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Disso resultou que os direitos individuais assumissem a forma de princípios por ter uma ligação estrita com a moralidade da comunidade política. E apresentariam ainda, um caráter deontológico, um tratado de dever moral, contrapondo-se à dimensão teleológica, ou ao conhecimento relacionado a um fato a sua causa final, assumida pelas políticas que definem um objetivo a ser alcançado e almejam uma melhoria em relação ao bem-estar geral da comunidade.

*ii)* os princípios se opõem em sua estrutura lógica às regras jurídicas com relação ao modo de aplicação. As regras são aplicadas no modo tudo ou nada, referindo-se que, presentes os fatos que a regra está assentada, então a regra é válida e, portanto, deve ser

---

<sup>152</sup>LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1997, p. 682.

<sup>153</sup>DWORKIN, Ronald. O Modelo das Regras I. In Levando os Direitos a Sério. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010, p. 23/72.

aplicada, ou então, ao reverso, não é válida, não sendo aceitável para a decisão. Havendo conflito entre as regras, se resolve de acordo com os critérios tradicionais de resolução de antinomias, ao qual se declara a invalidação de uma das regras e a prevalência da outra.

E na sua visão, tem a acrescentar que os princípios não determinam totalmente a decisão, pelo contrário, enunciam razões que conduzem os argumentos em certa direção, para serem conjugadas com as razões originadas de outros princípios que possam ser aplicados ao caso concreto. Por isso, os princípios têm uma dimensão de peso que as regras não têm, e no caso de uma colisão entre dois princípios, o de maior peso no caso concreto deve prevalecer sobre o outro, sem que o de menor peso perca a validade, que em outra oportunidade concreta, os pesos de cada princípio poderão ser alterados com inversão da relação de preferência que anteriormente teve desfecho contrário.

De conseguinte, os princípios têm outro significado jurídico, que a doutrina vem desenvolvendo a partir da Constituição Federal de 1988.

Como primeira razão de ser, estabelecem os valores pelos quais a regra deveria ser editada e todos esses valores ao serem transformados em regra passam a formar a razão de decidir. Sobre os princípios, mais outras ponderações foram mencionadas no item 2.5 deste capítulo.

O direito civil constitucionalizado optou por valores principiológicos que regem as relações humanas e patrimoniais, e a partir desses valores principiológicos foram estabelecidas as regras tendentes a privação da propriedade no caso que está definido no art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil/2002.

Essa regra tem como finalidade conduzir uma solução para o conflito entre o proprietário e os possuidores do imóvel, não havendo margem para decidir em consideração a outras razões, uma vez que se trata de regra posta, válida e eficaz.

Resulta dessas lições, a conclusão de que a desapropriação judicial privada por posse-trabalho tem alta carga de certeza da privação da propriedade no caso codificado e que emerge dos valores fundamentais do atual estágio da sociedade democrática brasileira.

A desapropriação judicial privada por posse-trabalho tem vocação para ser regra, ao descrever condutas destinadas ao proprietário e aos possuidores, em contrapartida a parcela de poder deferida ao juiz para deferir a desapropriação e estabelecer a justa indenização.

Inegavelmente, a clareza e precisão do objeto, ao estabelecer critérios de eficácia social no art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil/2002, acomoda-se como regra.

## **CAPÍTULO 3 – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO**

### **3.1 Desapropriação no Brasil**

O art. 5º, XXIV da Constituição Federal dispõe que a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização, em dinheiro, ressalvados os casos dos arts. 182, § 4º e 184, *caput* da Constituição Federal.

Esse é o fundamento constitucional da desapropriação ao estabelecer que o

*procedimento* da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, seja criado por lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>154</sup> conceitua a desapropriação empregando a terminologia *procedimento*, pelo qual o Poder Público tem a faculdade de agir compulsoriamente para despojar alguém de uma propriedade que a adquirirá mediante indenização.

Hely Lopes Meirelles<sup>155</sup> define a desapropriação, sinônimo de expropriação, como a transferência compulsória da propriedade particular ou pública de grau inferior para a superior para o poder público, por utilidade ou necessidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, tratando-se de um “procedimento” realizável em duas fases: a primeira fase declaratória e a segunda fase executória.

Primeiro se declara de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, depois segue-se à transferência da propriedade, com o pagamento do valor prévio e justo.

Ambos doutrinadores dizem que a desapropriação é um “procedimento”. Como já referido anteriormente<sup>156</sup>, o que se assegura aos participantes da relação jurídica é o devido processo legal e o contraditório e, não somente quando se tratar de contestação em ação reivindicatória, mas em qualquer procedimento petitorio ou possessório, ao se deparar com a desapropriação judicial privado por posse-trabalho.

Atualmente não se pode mais atribuir a competência exclusiva ao poder público para desapropriar bens de particulares ou de ente público inferior, mas há de se conceituar a desapropriação levando em consideração a função social da propriedade que está agasalhada nos arts. 5º, XXIII da Constituição Federal e 1.228 § 1º do Código Civil/2002.

A iniciativa da privação da propriedade, na modalidade de desapropriação, pode ser através de particulares e por provocação ao Poder Judiciário.

Há uma característica na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, especialmente o que está definido no art. 31, VI, ao receber a incumbência de promover as desapropriações [...] autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato.

A regra geral da desapropriação é mitigada por esse dispositivo legal, ao passo que

---

<sup>154</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 734.

<sup>155</sup>MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689/690.

<sup>156</sup>Item 2.1, desta dissertação.



não é somente o poder público que pode expropriar bens de particulares ou de entes públicos para declarar a necessidade ou utilidade pública ou interesse social, dessa vez, outorgou a lei geral dos serviços públicos a competência à concessionária de serviço público o poder expropriatório, desde que previsto no edital e no contrato.

Marçal Justen Filho<sup>157</sup> comenta sobre a hipótese usual na promoção da desapropriação de bens imóveis indispensáveis à execução de obras objeto da concessão. Menciona a habitualidade de ser ato privativo estatal a declaração de utilidade pública. Por isso, se previsto no ato convocatório, é possível transferir ao concessionário do serviço público o encargo de promover atos de implementação da desapropriação.

### **3.1.1 Desapropriação na Argentina**

A Constituição Federal da Argentina, dispõe no art. 17, no capítulo alusivo aos direitos e garantias, o reconhecimento do direito à propriedade, dispondo que é inviolável e não poderá ser privada dela, se não em virtude de lei, por expressão de utilidade pública e previamente indenizada.

O Código Civil argentino, Lei nº 340, de 1829, no Título V, do Livro III, dos Direitos Reais, art. 2.511, dispõe que ninguém pode ser privado de sua propriedade, exceto por causa de utilidade pública, deposição prévia e justa indenização, entendendo por uma compensação justa neste caso, não apenas o pagamento do valor real da coisa, mas também do prejuízo direto que vem da privação de sua propriedade.

Tal como é no Brasil, não vigora na Argentina o caráter absoluto da propriedade, ou do domínio privado sobre as coisas.

A doutrina argentina define a desapropriação como um instituto de direito público pelo qual o Estado, para dar cumprimento a uma finalidade de utilidade pública, priva coativamente o titular de um bem de sua propriedade, através de um procedimento e justa indenização<sup>158</sup>.

Pelo que se pode notar, a utilidade pública é a única modalidade de desapropriação permitida na Argentina, ao contrário do Brasil que também autoriza por interesse social ou necessidade pública.

---

<sup>157</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 436.

<sup>158</sup>LOURES, Sérgio Lopes. Direito Comparado: A Desapropriação nos Ordenamentos Jurídicos Argentino e Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14623/direito-comparado-a-desapropriacao-nos-ordenamentos-juridicos-argentino-e-brasileiro>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

A forma de declarar a utilidade pública para legitimar o bem a ser desapropriado, se dá por meio de lei do Congresso, quando pelo poder central, ou pelo legislativo local, nos casos de desapropriação exercidos por municípios.

Concebe-se que a declaração de utilidade pública desencadeada pelo Poder Legislativo, como exigência legal, permite melhor fiscalização preventiva e o necessário equilíbrio das funções estatais, controlando, eventuais arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Poder Executivo.

Na transferência da propriedade, segundo entendimento da Corte Suprema de Justiça, o processo de desapropriação se inicia com a declaração legislativa da utilidade pública e finaliza com a indenização justa e a conseguinte transferência do domínio ao sujeito expropriante, de modo que, no momento do pagamento da indenização, ocorre a transferência de propriedade ao poder expropriante.

A Lei argentina nº 21.477, de 1977, ao tratar da retrocessão, declara que quando se der destino diverso do previsto em lei de declaração de utilidade pública ou ainda, quando não se deu destino algum em um lapso de tempo de dois anos, contados da conclusão da desapropriação, o bem retorna ao patrimônio do expropriado.

No art. 519 do Código Civil/2002, a retrocessão tem as mesmas características, porém, o expropriado terá direito de preferência de reaver a coisa pelo preço atual, portanto, terá ação de preempção ou de preferência, ou ainda, se preferir, perdas e danos.

Em casos de não indenização justa, a Lei argentina nº 21.477, de 1977, prevê nos arts. 51 a 56, a previsão da expropriação indireta ou inversa, que defere ao titular da propriedade o direito de exigir judicialmente do expropriante a devida indenização, inclusive podendo exigir que tome posse caso ainda não tenha feito.

### **3.1.2 Desapropriação na Alemanha**

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>159</sup> leciona que a Constituição Federal da Alemanha, de seu turno, declara no art. 14, 3º, que a desapropriação só é admitida quando estiver presente o interesse geral, através de lei ou em virtude de uma lei que regule a espécie e o montante da indenização que deve ser determinada sob a ponderação justa dos interesses da coletividade e do particular afetado, e no caso de divergência desse montante, estará aberta a via judicial para o arbitramento.

---

<sup>159</sup>SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Desapropriação no Direito Comparado. Revista de Direito Administrativo nº 126, abr/jun 1973. Rio de Janeiro: FGV/Fórum, p. 10.

Não há uma lei única para todos os casos de desapropriação e regule o procedimento a ser adotado, coexistindo grande número de regulamentos especiais tanto no âmbito federal como nos estados federados.

As particularidades da desapropriação na Alemanha alcançam todos os direitos patrimoniais privados, cujas leis que regulam são a lei federal de construção e a lei federal de fornecimento, além das leis que somente preveem a possibilidade da desapropriação, sem estabelecer o respectivo processo.

A doutrina alemã dominante, em razão do enorme número de leis que regulam a desapropriação, tem defendido a posição de desigualdade de tratamento legal, não somente em relação ao regime político-federativo, mas também com respeito ao processo nas esferas da atividade administrativa federativa.

### **3.1.3 Desapropriação em Portugal**

A doutrina portuguesa estudada por Rafael Machado Soares<sup>160</sup> destaca dois requisitos para a expropriação da propriedade que se alteram no tempo em razão da complexidade social, as medidas adotadas pelo Estado e as decisões judiciais: *i*) a perda da propriedade por evidente interesse público e *ii*) fixação de indenização compensatória contemporânea e prévia pelo motivo da perda da propriedade.

Fator histórico no que diz respeito às normas constitucionais portuguesas do período de 1976, conquistada pela revolta popular contra o regime fascista da época, cujo poder estava concentrado no primeiro ministro de finanças Salazar, dando início a Revolução dos Cravos, pelo golpe militar em 25 de abril de 1974 ao derrubar o regime ditatorial do Estado novo, pelo qual buscava a população implantar o Estado Social.

Na atual Constituição portuguesa, o art. 62 fixa que a todos é garantido o direito de propriedade e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da constituição, em que esse direito de propriedade é não causar o Estado qualquer embargo e não propriamente a garantia desse direito a todos os cidadãos portugueses, pois seria uma tarefa impossível de realizar.

Desse modo, cria-se outro modo de expropriação da propriedade pela verificação de utilidade pública, que para a doutrina, se encontram assentadas as modalidades de

---

<sup>160</sup>SOARES, Rafael Machado. Controle Social pela Propriedade: A Desapropriação do Latifúndio e a Justiça Social (Uma Análise Sistemática Brasil e Portugal). p. 35/63. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35154/1/Rafael%20Machado%20Soares.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

socialização e de nacionalização dos meios de produção, conforme está no nº 2, do art. 62, da Constituição portuguesa.

Na ordem constitucional de 1976, no art. 82, nº 2, poderiam ser expropriados bens sem qualquer pagamento de indenização, se não houvesse lei que autorizasse — que evidentemente não tinha — sendo nítido que era contrário aos interesses da propriedade, passando a atual Constituição portuguesa a estabelecer nos arts. 83 e 165 a garantia indenizatória a ser paga em dinheiro e justa.

A seu turno, a Constituição portuguesa estabeleceu que as regras relativas às desapropriações são delegadas ao legislador infraconstitucional, criando, na prática, enorme produção de legislação com o objetivo de controle da propriedade, inclusive sendo gerado o Código das Desapropriações que foi se arranjando aos anseios sociais e pelo controle de constitucionalidade judicial.

Nesse contexto codificado, há o controle da propriedade urbana para fins urbanísticos, não se aplicando aos bens rurais, por coexistir leis de reforma agrária e específicas.

O Decreto-Lei nº 406-A, de 29 de julho de 1975, originado em período histórico de revolta do regime fascista, tinha como principal objetivo a garantia da dignidade do povo português, em especial os que subsistiam da economia familiar rural, mas não eram donos, e se concentravam nas mãos de grandes latifundiários, impedindo o acesso às terras de uma considerável parcela do povo e, assim, surge a possibilidade de desapropriação de latifúndios.

O art. 1º, desse Decreto-Lei nº 406-A, de 29 de julho de 1975, estabeleceu que ficam sujeitos a expropriação, nos termos previstos no presente diploma, os prédios rústicos que se encontram nalgumas das presentes situações:

*i)* pertençam a pessoas singulares, sociedades ou pessoas coletivas de direito privado, ainda que de utilidade pública, que sejam proprietárias, no território nacional, de prédios rústicos que, no seu conjunto, mediante aplicação da tabela anexa a este diploma, se verificarem corresponderem a mais de 50.000 pontos ou, independentemente deste requisito ultrapassem a área de 700 hectares;

*ii)* pertença a pessoas singulares, sociedades ou pessoas coletivas de direito privado, ainda que de utilidade pública, que tenham incorrido em qualquer das situações previstas, como fundamento de intervenção, do Decreto-Lei nº 660, de 25 de novembro de 1974 e legislação complementar;

*iii)* Estejam incultos e não alcancem os níveis mínimos de aproveitamento

estabelecidos e a estabelecer por Portaria do Ministério da Agricultura e Pesca.

O controle de divisão das terras latifundiárias a ser expropriadas para a dignidade das famílias produtoras rurais sem terras, o art. 7º, do Decreto-Lei nº 406-A, de 29 de julho de 1975, proibiu a aquisição de terras que somadas, ultrapassassem o limite de hectares estabelecido no art. 1º, acima mencionado.

Em caso de desapropriação por meio de Portaria do Ministério da Agricultura e Pesca, a área passava a ser nacionalizada por intermédio do Instituto de Reorganização Agrária, independentemente de indenização ao proprietário.

Era comum que os proprietários destruíssem o bem a ser desapropriado e prejudicar a produção agrícola, pastoril e as demais, sendo editado o art. 10, desse Decreto-Lei, que declarava expressamente a responsabilidade do proprietário sobre esses fatos, reduzindo ou eliminando a indenização.

E mais, com a intenção de impedir fraudes foi estabelecido que havendo quaisquer modificações, no sentido de diminuir a área de terra dos imóveis rurais, depois da edição do Decreto-Lei, tornaram-se considerados ineficazes.

O aprimoramento da reforma agrária advém com a Lei nº 77, de 1977, que tinha como ponto nuclear o sustento do produtor rural, e garantia de melhoria de vida dos portugueses.

O art. 3º, nº 2, estabelece o controle pela má utilização do bem de produção, que determinou a forma de exploração do imóvel rural e no nº 3, os meios de aproveitamento.

E foi além, se a utilização da terra contrariasse os interesses sociais e econômicos, se houvesse abandono ou mau uso, teria como consequência a desapropriação, conforme entabulado no art. 39. E como uma forma de insegurança surgida em razão desse preceito, no caso de haver improdutividade de conformidade com os indicativos preordenados pelo poder estatal, a desapropriação estaria autorizada.

Em contrapartida era dever do Estado criar ao produtor rural a estrutura necessária e indispensável para que a produtividade estabelecida fosse alcançada, porquanto ao Estado cabe o dever de garantir a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente foi promulgada a Lei nº 109, de 26 de setembro de 1988, conhecida como Lei de Bases da Reforma Agrária, revogando toda a legislação anterior e definindo, no art. 4º, a política agrícola com os seguintes objetivos: *i)* o reforço e aperfeiçoamento da ligação do homem com a terra; *ii)* a melhoria da situação econômica, social e cultural e a garantia dos direitos dos trabalhadores e dos agricultores; *iii)* a otimização do aproveitamento dos recursos para aumento da produção e da produtividade; *iv)* a proteção

dos recursos naturais e o aumento do fundo de fertilidade dos solos; *v*) a adequação dos recursos existentes aos objetivos da política agrária comum.

O objetivo geral das novas diretrizes está consagrado no princípio geral do uso da terra, assentando o art. 5º que, o uso da terra pautar-se-á por sistemas de proteção às características ecológicas da respectiva região, de modo a atingir índices de produtividade consentâneos com a sua capacidade.

As medidas incentivadoras da atividade estão descritas no art. 8º: *i*) a concessão de crédito; *ii*) a concessão de subsídios não reembolsáveis; *iii*) os seguros inerentes à atividade agrícola, nomeadamente os relativos a acidentes climatéricos e fitopatológicos; *iv*) as condições preferenciais e facilidades no fornecimento de sementes, propágulos, fertilizantes, pesticidas, rações para gado, maquinaria e outros materiais necessários à produção; *v*) as facilidades na elaboração de projetos de investimento e de estudos económicos; *vi*) a concessão de uso de equipamento; *vii*) a celebração de contratos-programas; *viii*) os incentivos fiscais; *ix*) o apoio na inovação tecnológica.

Especificamente no art. 11, há a previsão para a expropriação de prédios ou conjunto de prédios rústicos localizados na zona de intervenção da reforma agrária, não podendo ser desapropriadas as propriedades de agricultores autônomos; cooperativas agrícolas; instituições particulares de reconhecida utilidade pública; áreas inferiores a 60 hectares.

Seguiu-se a Lei nº 46, de 22 de agosto de 1990, alterando a Lei 109, de 26 de setembro de 1988, objetivando o redirecionamento das unidades de exploração agrícola e o destino das áreas desapropriadas e nacionalizadas, nos termos do art. 97 da Constituição portuguesa e estabelece os princípios gerais relativos ao uso e mau uso dos solos agrícolas e ao fomento da hidroagrícola.

Posteriormente em 1991, foi editado o Decreto-Lei nº 158, objetivando a destinação das áreas expropriadas e nacionalizadas.

Seguiu-se o Decreto-Lei nº 349, de 1991, para atender a reprivatização das terras expropriadas na zona de intervenção da reforma agrária.

Prosseguindo-se com a nova Lei de Bases de Desenvolvimento Agrário de nº 86, de 1995, modernizando o setor agrário português, arrolando a autossustentabilidade e garantia da competitividade do setor nacional em relação ao panorama internacional, em especial, ao sistema europeu influenciado pelo Tratado de Maastricht de 7 de fevereiro de 1992, cujos princípios estão definidos nos princípios gerais do art. 2º: *i*) da multifuncionalidade da agricultura, enquanto atividade económica com impacto importante no nível social,

ambiental e de ocupação do espaço rural; *ii*) da equidade nas condições de produção no interior do espaço comunitário; *iii*) da proteção das zonas afetadas por desvantagens naturais permanentes.

### **3.2 Fundamentos da usucapião**

A usucapião é um dos principais efeitos da posse e consiste na aquisição da propriedade alcançado pelo seu exercício prolongado e se constitui por meio de requisitos previstos em lei: posse, continuidade e consumação do tempo previsto em lei.

A usucapião no direito brasileiro também é conhecida por prescrição aquisitiva, que tem como característica a inércia da atividade do titular que gera direitos ao possuidor, de modo a tratar-se de aquisição de direitos, no caso a propriedade, ao possuidor e a perda, de outro lado, por parte do proprietário.

A usucapião ou prescrição aquisitiva, tem como fundamento primordial o respeito às situações desenvolvidas e consolidadas no tempo, cujo interesse do titular do direito foi por ele mesmo desprezado e, bem por isso, não prevalece contra o interesse social.

É uma das modalidades de aquisição originária da propriedade pelo possuidor, tendo como consequência a perda, ou, como uma das teorias mais difundidas, a punição pela inércia do proprietário, assegurando a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, atualmente se referindo a satisfação da função social da posse e da propriedade.

É típico instituto do direito das coisas e modo originário de aquisição da propriedade, bem como, de outros direitos reais alcançados pelo exercício continuado da posse prolongada no tempo, concomitante com os demais requisitos previstos em lei.

Cunha Gonçalves<sup>161</sup> definia a negligência do proprietário em usar da sua coisa não devia mesmo ser motivo para se premiar as pessoas de má-fé, garantindo-lhes a fruição até o domínio do que lhes pertence, ofendendo-se o princípio fundamental do direito e da justiça: dar a cada um o que é seu e o dever de basear-se na utilidade social.

Além da utilidade social, o fundamento da usucapião se assenta na segurança, na estabilidade da propriedade, na paz social.

---

<sup>161</sup>GONÇALVES, Luís da Cunha. Da propriedade e da Posse. Lisboa: Ática, 1952, p. 207/208.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>162</sup> leciona que na legislação romana, em especial no *Corpus Iuris Civilis*, a palavra usucapião aparece no feminino *capio* ou *capionis*, e quer dizer tomada, ocupação ou aquisição, antecedida de *usu*.

O projeto do Código Civil/1916 definia a palavra no feminino, mas foi modificada para o gênero masculino, por conta da emenda de Rui Barbosa ao art. 550, e o Código Civil/2002 voltou a empregá-la no gênero feminino, respeitando a sua origem como ocorre no direito francês, espanhol, italiano e inglês.

O legislador, no art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002, estabeleceu a aquisição originária da propriedade por meio da *privação da propriedade*.

No art. 1.275, I a V, empregou a terminologia *perda da propriedade*, que se dá por alienação, renúncia, abandono, perecimento e desapropriação; no art. 1.359, preceituou a *propriedade resolúvel*.

Privação, perda, abandono ou resolução são sinônimos e indicam que o proprietário, ao não exercer a posse contínua por determinado tempo, não terá mais em sua esfera patrimonial a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa ou o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Na desapropriação judicial privada por posse-trabalho, preferiu servir-se do termo *privação*. Nesse sentido, o vocábulo indica uma inovação jurídica, não que seja o emprego dessa expressão isolado, pois é conhecido no art. 1.481 § 4º do Código Civil/2002<sup>163</sup>.

Destaque-se no Código Civil/2002, em leis esparsas e na Constituição Federal, quanto à propriedade, as modalidades de usucapião: extraordinária, art. 1.238 do Código Civil/2002; especial rural, art. 1.239 do Código Civil/2002; especial urbana, art. 1.240 do Código Civil/2002; especial urbana por abandono de lar, art. 1240-A do Código Civil/2002 (introduzido pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011); ordinária, art. 1.242 do Código Civil/2002; indígena, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973; coletiva, Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001; administrativa, Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 e as remanescentes das comunidades dos quilombos, previsto no art. 68 da ADCT.

Tradicionalmente a doutrina nacional distingue a usucapião em três classes: extraordinária, ordinária e especial.

---

<sup>162</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. 5, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 258.

<sup>163</sup>Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar *privado* do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais.



Na extraordinária a posse deve ser exercida por um período mais longo e se acomoda ao possuidor independentemente de boa-fé.

A ordinária, além da posse ininterrupta e por tempo razoável, detenha justo título e aja comprovadamente com boa-fé.

A especial cuida daquelas situações que não se ajustam nas usucapiões anteriores. Nesse sentido, alguns doutrinadores, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>164</sup>, conceituam desapropriação judicial privada por posse-trabalho, como sendo usucapião especial.

Os citados autores entendem que havendo a perda da propriedade pela posse exercida por uma coletividade dentro de um lapso de tempo previsto em lei de cinco anos, não há como negar a nota característica da prescrição aquisitiva, razão pela qual adotam a tese da usucapião; além de que, o legislador pretendeu criar um instrumento de socialização da terra, naqueles casos em que o descaso do proprietário justificaria a perda do seu imóvel, em favor dos efetivos possuidores da área.

### **3.2.1 Usucapião na França**

Na lição de Benedito Silvério Ribeiro<sup>165</sup>, o art. 712, do Código de Napoleão ou Código Civil dos franceses, de 1804, dita que a propriedade se adquire também por acessão ou incorporação ou por prescrição.

Por seu turno, o art. 2.229, declina que, para poder adquirir por prescrição é necessária uma posse contínua e não interrompida, pacífica, pública, não-equivoca e a título de proprietário.

A Seção III, trata da prescrição de dez e vinte anos, prescrevendo o art. 2.265 que aquele que adquire de boa-fé e por justo título um imóvel, adquirirá a propriedade, por prescrição, em dez anos, se o verdadeiro proprietário habitar na jurisdição da corte real — hoje interpretado como sendo a corte de apelação — nos limites da qual o imóvel está situado e em vinte anos, se estiver domiciliado fora da respectiva jurisdição.

O art. 2.266, diz que se o verdadeiro proprietário teve o seu domicílio, em diferentes épocas, na jurisdição e fora dela, será necessário, para completar a prescrição,

---

<sup>164</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, nº 1.063, 30 mai. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>165</sup>RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião. vol. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

somar ao tempo que falta aos dez anos de presença, um número de anos de ausência duplo daquele que falta para completar os dez anos de presença.

Ainda que o título seja nulo por vício de forma, poderá servir de suporte para a prescrição de dez e vinte anos, segundo consta do art. 2.267.

A boa-fé é sempre presumida, na dicção do art. 2.268, cabendo para quem alegue a má-fé, o ônus de prová-la, sendo suficiente que a boa-fé tenha subsistido ao tempo da aquisição, consoante a previsão do art. 2.269.

Fábio Caldas de Araújo<sup>166</sup> ensina que o Código francês não se vale da expressão “usucapião” para regular a forma de aquisição da propriedade e regula a matéria no capítulo da prescrição, expondo o art. 2.219 que é um meio de adquirir ou tornar-se livre por certo período de tempo.

Ao invocar Mazeaud et Mazeaud (Leçons de Droit Civil – Bines, p. 240), descreve que a definição da prescrição aquisitiva engloba não só o domínio, mas as demais formas de expressão dos direitos reais.

Ainda sob a doutrina de Domat e Pothier (Traite de Droit Civil, p. 138), o Código francês aproxima-se da teoria subjetiva cujo primeiro elemento é a posse com *animus domini*, excluindo-se os bens sujeitos ao domínio público, os bens inalienáveis, os bens pertencentes ao patrimônio público e a propriedade literária.

Sem discrepar de nosso ordenamento jurídico, o *corpus* se caracteriza pelo exercício de atos materiais em relação ao bem e devem ser visíveis, não admitindo a posse precária e a detenção para fins de usucapir bens.

O tempo de cômputo da prescrição aquisitiva conta-se em duas situações: de trinta anos, conforme o art. 2.262 e de dez a vinte anos, na forma do art. 2.265, além do justo título e boa-fé.

### **3.2.2 Usucapião em Portugal**

Em Portugal, na exposição doutrinária de Benedito Silvério Ribeiro<sup>167</sup>, preservou-se por muito tempo a estrutura do direito romano, no transcorrer do período medieval do direito canônico, das glosas e dos doutores da lei.

---

<sup>166</sup>ARAÚJO, Fábio Caldas de. Usucapião no Âmbito Material e Processual. 1 ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56/60.

<sup>167</sup>Ob. cit., p. 230.

As Ordenações Filipinas estatuíam as prescrições positivas de dez anos entre presentes do mesmo foro, de vinte anos entre ausentes em outros foros, com título de boa-fé, e de trinta anos, sem título, porém, exercitado com boa-fé.

As Ordenações Filipinas e Manoelinas descreviam a existência da prescrição imemorial que se dava no prazo de vinte anos entre os presentes do mesmo foro e de quarenta anos entre os ausentes, sem necessidade de boa-fé.

Nas Ordenações Afonsinas, não se discorreu cientificamente sobre a diferenciação entre os institutos da prescrição aquisitiva e da prescrição extintiva, ou da usucapião em forma de instituto autônomo.

Esse foi um avanço do texto das Ordenações Manuelinas ao dispor no Livro IV, Títulos XXXIII e LXXX, deferindo-se a prescrição ordinária pelo prazo de dez ou vinte anos, conquanto houvessem os requisitos de constituição de pleno direito da posse, justo título e boa-fé, e a extraordinária, com trinta anos, sem necessidade de justo título.

Dom João III, ao modificar em 1534 as Ordenações, com forte influência do direito canônico, passou a não permitir, sobre nenhuma forma, a prescrição aquisitiva ao possuidor de má-fé. Ao passar a vigor em 1867 o Código Civil português, com traços marcantes da doutrina estrangeira, deflagrou-se as situações legais para a aquisição de bens móveis e imóveis.

O atual Código Civil português, de 1966, dispõe no art. 1.287, que a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação: é o que se chama de usucapião.

Enquanto que o art. 1.289, destaca sobre a capacidade de adquirir, dispondo que a usucapião aproveita a todos os que podem adquirir, inclusive, os incapazes podem adquirir por usucapião, tanto por si como por intermédio das pessoas que legalmente os representam.

A detenção, segundo o art. 1.290, impede a usucapião.

O compossuidor relativamente ao objeto da posse comum aproveita igualmente aos demais compossuidores, conforme se encontra no art. 1.291.

Invocada a usucapião, os seus efeitos retroagem-se à data do início da posse, nos termos do art. 1.288.

O art. 1.293, ao referir-se à usucapião de imóveis, cuida das exclusões, ao mencionar que não podem adquirir-se por usucapião as servidões prediais não aparentes e os direitos de uso e de habitação.

E para o justo título e registro, o art. 1.294, decreta que havendo título de aquisição de posse, a usucapião tem lugar quando a posse, sendo de boa-fé, tiver durado por dez anos, contados desde a data do registro ou quando a posse, ainda que de má-fé, houver durado quinze anos, contados da mesma data.

Quando se tratar de posse gerada com violência ou tomada ocultamente, provocará a contagem dos prazos da usucapião a partir da circunstância em que cessar a violência ou a posse se torne pública, no dizer do art. 1.297.

Fábio Caldas de Araújo<sup>168</sup> explicita que o art. 1.287 do Código Civil português, determina que a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação: é o que se chama de usucapião.

E, suscitando os escritores portugueses Álvaro Moreira e Carlos Fraga (Direitos Reais, p. 213), diz que o art. 1.288 reconhece que a usucapião é modo de aquisição de propriedade e seus efeitos retroagem à data de início da posse.

Para a usucapião de bens imóveis existem três possibilidades: *i*) art. 1.294 – posse com justo título e registro; *ii*) art. 1.295 – posse com registro de mera posse; *iii*) art. 1.296 – posse sem registro.

O art. 1.293 prevê outras duas hipóteses: *i*) quando o possuidor age de boa-fé tem lapso temporal diminuído para dez anos; *ii*) quando o possuidor age de má-fé o prazo é dilatado para quinze anos.

Quando se tratar de registro de mera posse continua e de boa-fé, o prazo é de cinco anos. Em caso de má-fé, o prazo se estende para dez anos, devendo ser declarada a situação jurídica de mera posse.

Finalmente, se o possuidor não tiver registro de título ou de posse, o prazo será de quinze anos ao possuidor de boa-fé e de vinte anos para o possuidor de má-fé.

### **3.2.3 Usucapião na Espanha**

O Código Civil espanhol, explica Benedito Silvério Ribeiro<sup>169</sup>, no art. 609, se examina que a propriedade e os demais direitos sobre os bens se adquire e se transmite pela

---

<sup>168</sup>Ob. cit., p. 60/61.

<sup>169</sup>Ob. cit., p. 227/228.

lei, por doação, por sucessão testada e intestada, por certos contratos mediante a tradição e por prescrição.

Possuindo os bens com boa-fé, justo título e pelo tempo determinado na lei, defere-se a prescrição ordinária do domínio e demais direitos reais, segundo inscrito no art. 1.940.

Com relação a usucapião de menor prazo, o art. 1.957, informa que o domínio e os demais direitos reais sobre os bens imóveis prescrevem-se pela posse durante dez anos entre presentes e vinte anos entre ausentes, com justo título e boa-fé.

De maior tempo, no art. 1.959, a prescrição do domínio e dos demais direitos reais sobre os bens imóveis por sua posse não interrompida durante trinta anos, sem a necessidade de título e nem de boa-fé, sem distinção entre presentes e ausentes.

Na visão de Fábio Caldas de Araújo<sup>170</sup>, o Código Civil espanhol disciplina no Livro III os modos de adquirir a propriedade, estabelecendo o art. 609 que a propriedade se adquire pela ocupação. A propriedade e os demais direitos sobre os bens se adquirem e transmitem pela lei, por doação, por sucessão testada e intestada e por consequência de certos contratos mediante a tradição, podendo, também, adquirir-se por meio da prescrição.

Desse modo, a prescrição aquisitiva e a extintiva são tratados de modo conjunto nos arts. 1.930 até 1.939, ditando o art. 1.931, a capacidade para usucapir, não revelando inovações, por condicionar a aquisição de bens e direitos através da prescrição à capacidade jurídica do sujeito ativo.

Existe em primeiro lugar a usucapião ordinário, previsto no art. 1.940, tendo como pressupostos o justo título e a boa-fé. A usucapião extraordinária está disposta no art. 1.959, tendo como prazo de trinta anos para a prescrição aquisitiva, sem necessidade de título e boa-fé.

### **3.2.4 Usucapião no México**

O Título VII, Capítulo II e III, do Código Civil mexicano, segundo Benedito Silvério Ribeiro<sup>171</sup> assenta a respeito da prescrição positiva, explanando o art. 1.136, que a aquisição da propriedade em virtude da posse é chamada de receita positiva; sendo capazes para adquirir pela receita positiva todos aqueles que poderiam adquirir por qualquer título, podendo os menores e incapacitados adquirir por intermédio de seus representantes legítimos, na forma do art. 1.139.

---

<sup>170</sup>Ob. cit., p. 67/68.

<sup>171</sup>Ob. cit., p. 227.

Os requisitos do art. 1.151, para a prescrição positiva, são o exercício da posse como se proprietário fosse, posse tranquila, contínua e pública.

Quanto ao tempo, o art. 1.152 prescreve, no item 1, em cinco anos, quando os possuidores exercem como donos, de boa-fé, de forma pacífica, contínua e pública; item 2, em cinco anos quando as propriedades foram objeto de registro de posse; no item 3, em dez anos quando exercida de má-fé, se a posse for como de dono, pacífico, contínuo e público; item 4, aumentado de um terço se demonstrado pela pessoa que tenha interesse legal que o proprietário rural não tenha cultivado durante maior tempo que a possuiu ou que não tenha na propriedade urbana feito os reparos necessários e desabitado a maior parte do tempo que esteve em poder do possuidor.

Na posse adquirida por violência, o período de limitação será de dez anos, contados da data da cessação da violência, conforme o art. 1.154.

Enquanto que a posse adquirida por meio de um crime será levada em consideração para a prescrição a data em que da sentença foi cumprida ou prescrito o crime, sendo considerada posse de má-fé.

### **3.3 Usucapião especial coletivo**

O Capítulo II, Seção V, art. 10 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece as diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, baldeia a usucapião especial coletiva e esta se dá quando os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Além disso, o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas, devendo ser declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

Finalmente, na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

O Código Civil/2002 faz menção à usucapião especial coletiva no art. 1.240 e complementa o art. 191 da Constituição Federal. Neste preceptivo, a usucapião especial coletiva é deferida àquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Enquanto que naquele dispositivo legal, quem 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.

Há a ressalva, neste último caso do art. 1.240 do Código Civil/2002, como adverte Fábio Caldas de Araújo<sup>172</sup>, de que tanto a usucapião especial urbana ou quanto a rural, o dispositivo da imprescindibilidade dos bens públicos está ausente.

Na usucapião especial coletivo, tanto da lei especial como no Código Civil/2002, diferente da desapropriação, não há a necessidade de indenizar os proprietários, sendo deferido no caso de estarem presentes os requisitos.

Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado<sup>173</sup> destacam as diferenças entre a desapropriação judicial por posse-trabalho e a usucapião especial: *i*) na usucapião coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda, enquanto que na desapropriação judicial privado por posse-trabalho não há esse requisito; *ii*) na usucapião coletiva urbana a área total a ser dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, exigência que não se encontra na desapropriação judicial por posse-trabalho, bastando ser extensa área; *iii*) a usucapião coletiva urbana somente se aplica aos imóveis urbanos enquanto que na desapropriação judicial por posse-trabalho pode ser aplicada aos imóveis urbanos ou rurais; *iv*) na usucapião coletiva urbana não há direito à indenização, ao contrário da desapropriação judicial por posse-trabalho que há indenização pela privação da propriedade.

### **3.4 Direito potestativo e os direitos fundamentais**

---

<sup>172</sup>Ob. cit., p. 220.

<sup>173</sup>ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. Código Civil Anotado. São Paulo: Método, 2005, p. 608.

De modo particular nesta dissertação, há de se referir ao direito potestativo; uma por não se baralhar com o poder jurídico ou o direito subjetivo; e outra por atribuir ao titular do direito a possibilidade de produzir efeitos jurídicos mediante ato próprio de vontade, inclusive atingindo terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>174</sup>, bem define o direito potestativo:

São aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade, a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação da vontade do direito potestativo.

Na seara dos direitos fundamentais atribui-se ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos de sua iniciativa distanciado do direito obrigacional e pessoal, não admitindo, portanto, violação.

Diante dessa singularidade jurídica, evidencia-se ao titular, ou aos titulares do direito à desapropriação judicial privada por posse-trabalho, a ordem constitucional-garantia concentrada na atenção normativa e nos aspectos de estrutura do poder, cujas atividades políticas são resguardadas para o correto desempenho.

Por ser fruto da ordem programática-dirigente, a meta, o programa de ação e os objetivos traçados, como atividade estatal, repercutem no domínio eminentemente social e se condiciona ao comportamento do proprietário — não viabilizar a função social da propriedade — o exercício do titular da desapropriação judicial por posse-trabalho, através do Poder Judiciário.

Não se pode deixar de mencionar a justiça social, o papel ativo e realizador das obrigações positivas, ou dos direitos de segunda geração, ou dimensão, pelos quais se impõe uma liberdade real e igual a todos os indivíduos.

Evidentemente por se tratar de uma garantia fundamental que assegure o exercício do direito social, no caso específico, o exercício da desapropriação judicial por posse-trabalho, o Poder Judiciário vincula-se a deferir sem hesitação, por conta de ser o direito fundamental superior, e ser da essência funcional típica a defesa intransigente.

---

<sup>174</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Introdução ao Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, v. 1, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35-36.



Demais disso, é função do Poder Judiciário prover os direitos fundamentais em sua máxima eficácia.

Desse modo, ao ser o Poder Judiciário provocado para dizer o direito ao indivíduo ou indivíduos que pretendem desapropriar propriedade que não atende a função social da propriedade, não há alternativa a não ser deferi-la em caso de ser todos os requisitos legais preenchidos, os quais são: 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.

Nesse sentido é que se deve interpretar como sendo direito potestativo, ou também uma das vertentes da teoria de *status* que idealizou Jellinek, pelo qual o indivíduo ou indivíduos tem direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação e que aja em seu favor, sendo, seu *status* positivo, e mais conhecido como *status civitatis*.

Em outra vertente, pode-se designar nos chamados direitos a prestações materiais em sentido estrito, por cuidar-se de direitos sociais por excelência, no sentido de atenuar as desigualdades sociais consistentes em uma utilidade concreta à propriedade. Canotilho<sup>175</sup> assevera que tais normas, que permitem imediata exigência pelo indivíduo da satisfação do que comandam, veiculam os chamados direitos originários de prestação. E remata o mesmo autor<sup>176</sup> que os direitos sociais, identificados com os de prestação material, só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem.

Vieira de Andrade<sup>177</sup> diz que para que se determinem como direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades.

### **3.5 Natureza jurídica da desapropriação judicial privada por posse-trabalho**

Identificar ou fixar a razão da regra jurídica introduzida nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, notadamente, as considerações de Miguel Reale, ao se referir sobre

---

<sup>175</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 435. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

<sup>176</sup>Ob. cit., p. 438.

<sup>177</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 99. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

o Livro III, do Direito das Coisas, nas Exposições de Motivos do Novo Código Civil, e do parecer sobre o projeto de Decreto-Lei<sup>178</sup> relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do Conselho Administrativo, é de excepcional necessidade para conduzir a posição jurídica sobre o tema da desapropriação judicial privada por posse-trabalho e se a nomenclatura é adequada.

Convém à dogmática jurídica se preocupar em qual perfil se aproximam as regras jurídicas, para que os conceitos e a interpretação possam ser explicados de forma mais apropriada possível.

Desse modo, o ramo do direito em que está inserido, quais os princípios que sustentam e, mais importante, identificar o ponto de vista filosófico dessa construção legislativa, oriunda de um único jurista — em oposição a elaboração advinda do seio popular, por meio de processos democráticos —, bem como, se essa inovação atinge ou não os fins sociais e às exigências do bem comum, os quais não podem escapar da análise.

A distinção em qual ramo do direito se assentam — público ou privado —, evidentemente influenciam na elaboração das regras jurídicas, pois os fundamentos filosóficos são de menos importância ou crescem ao ponto de serem indispensáveis.

No panorama do direito público é imprescindível notar a razão de ser adotada uma ou outra posição filosófica, eis que não se tem só o entendimento do jurista, pois o seu trabalho é o estudo da positividade, depois que já existe a norma, mas há de se rebuscar na filosofia, na sociologia e outras ciências a razão de ter surgido.

Ihering<sup>179</sup> designava como critério de classificação da escola de jurisprudência dos interesses para classificar o direito público como interesse de todos, *in verbis*:

Os direitos privados e os direitos públicos não se distinguem entre si pela diversidade de seus sujeitos; o sujeito para os dois é a pessoa natural, não havendo entre eles mais que uma só distinção, a de que os direitos privados se relacionam exclusivamente com o particular, enquanto que todo mundo participa dos direitos públicos. A expressão que serve para designar essa relação exclusiva, é *proprium*; a que indica os interesses comuns do povo, é *populicum, publicum, popularis*.

Se os indivíduos, isoladamente, devem ser considerados como sujeitos dos direitos públicos; se o interesse geral não é outra coisa que os interesses de todos e, por consequência, também o de cada um, conclui-se que cada qual tem o dever

---

<sup>178</sup>Apenas a título de ilustração, cuida-se do Decreto-Lei nº 14.916, de 6 de agosto de 1945, expedido pelo Interventor Federal no Estado de São Paulo, autorizado pelo Presidente da República e de competência da Assembleia Legislativa do mesmo Estado. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1945/decreto.lei-14916-06.08.1945.html>>. Acesso em: 25 out. 2017. O instituto, naquela época não foi aprovado, permanecendo somente nos registros históricos o parecer sobre o projeto legislativo.

<sup>179</sup>IHERING, Rudolf von. O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de Seu Desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba. 1943, p. 156.

e o direito de defender esses interesses e de impedir sua violação, ou, se esta já existe, exigir a satisfação devida, do mesmo modo que para os seus interesses privados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>180</sup>, de seu turno, descreve pontualmente:

A ideia remonta às concepções modernas que vão opor sociedade e indivíduo, cada qual com seus respectivos interesses. Os da sociedade, representados pelo Estado, são comuns, neutros em face dos egoísmos particulares, e envolvem a gestão da coisa pública, de toda a economia nacional.

De qualquer modo, o que estas teorias acentuam é a diferença buscada pela Era Moderna entre o social privado e o social público, o âmbito da riqueza privada e o âmbito da propriedade e riqueza comuns.

Chama-se público (*pulicum, publicum*) aquilo que é destinado a todos, ao povo, o que a todos é patente. A antítese de publicum é privatum, *proprium (quod proprio est)*, isto é, o que é destinado ao homem privado, o que cada um tem para si só e de que exclui os outros. Toda a antítese gira em torno da comunidade ou do exclusivismo do interesse. E ela a base do direito público e do direito privado.

Miguel Reale<sup>181</sup>, por oportuno declina:

Quanto ao conteúdo ou objeto da relação jurídica: Quando visa imediata e prevalecentemente o interesse geral, o direito é público; quando imediato e prevalecente o interesse particular, o direito é privado.

Quanto à forma de relação: se a relação é de coordenação, trata-se geralmente, de direito privado; se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente de direito público.

Por outro lado, no cenário do direito privado, portanto, no mais comum e simples de todos eles, o direito civil, os fundamentos filosóficos e tudo o mais que possa ser de interesse do direito público não é para o direito privado.

A par dessas premissas, San Tiago Dantas<sup>182</sup>, leciona:

A razão da fixação de uma norma jurídica é que constitui o ponto de vista filosófico do seu estudo, o seu ponto de vista crítico. Numerosos problemas que assoberbam o legislador são problemas filosóficos e críticos, pois trata-se de descobrir a razão de ser das instituições. No campo do direito público estes problemas avultam de tal modo que pode-se dizer que o ponto de vista crítico em que se coloca o publicista é fundamental. Quer saber por que deverá ser monarquia, por que república, por que tal forma de governo.

Do ponto de vista do direito privado já estes pontos diminuem muito de vulto. Dentro de nossa disciplina se tem sempre relativamente aos aspectos filosóficos da norma jurídica uma parte muito diminuta. Não é nesta cadeira o lugar próprio.

---

<sup>180</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo de Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 136.

<sup>181</sup>REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 356

<sup>182</sup>DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Parte Geral. 3. t. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 26/27.

Contudo, essa divisão histórica tem se demonstrado corroída e colocada em discussão na teoria geral do direito e na filosofia do direito, em consequência das mudanças sociais que acontecem muito rapidamente, mormente a partir da Constituição Federal de 1988, em que o direito civil sofreu forte interferência do Estado Social Democrático, e nesse contexto, teria grande parte de seus institutos se constitucionalizando.

Há de se destacar que na fluência do Estado Social Democrático, não há lugar ao apego em seu aspecto meramente formal, porém, efetivamente deve ocorrer a prestação material do Estado, levando em conta a realidade social.

A autonomia da vontade perdeu o protagonismo antes predominante no Código Civil/1916, de modo que, os princípios antes positivados passaram a ser reservados à Constituição Federal e, no atual Código Civil/2002, pressupõe-se um sistema que necessariamente deve dialogar, como se fosse um conjunto indissolúvel, preservando-se a hierarquia normativa.

É necessário não ser levado ao entendimento fácil de que a propriedade privada e a sua função social, por serem destaques fundamentais na Constituição Federal, se introduzem no direito público, uma vez que, os conceitos de publicização e constitucionalização de direitos privados são diversos entre si.

Paulo Lôbo<sup>183</sup>, bem nos adverte:

Outro equívoco que deve ser evitado é relacionar a propriedade privada ao direito público, tendo em vista a função social dela introduzida pelas Constituições. Já tivemos a oportunidade de dizer que são distintos os conceitos de publicização e constitucionalização das relações privadas. Se se entende como publicização a submissão dessas matérias no âmbito do direito público, então é incorreto tal enquadramento. O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é este o campo próprio do direito público. Para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Há outros critérios para estabelecer o direito público, sendo um deles o critério do sujeito e do interesse. No critério do sujeito, o direito público tem por sujeito o Estado e o direito privado é o ramo do direito que rege a vida dos particulares.

No critério do interesse, são públicas as normas que tutelam interesses públicos, enquanto as normas que tutelam os interesses privados são reservadas ao privado. Aqui

---

<sup>183</sup>LÔBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127/128.

nesse particular, o enfoque não parte de elementos do direito positivo, mas de conceitos variados e de outras ciências, pois, o que se discute nessa teoria é qual o conceito de interesse público e o que trata o interesse privado.

Poder-se-ia dizer que interesse público é o que afeta toda a sociedade e não isoladamente o indivíduo. Assim há uma carência nesse critério por não resolver o problema de conceituação do que seja direito público.

O critério aceito pela doutrina na distinção entre direito público e direito privado está na base do seu regime jurídico. O regime de direito público deve ser buscado diretamente nas normas jurídicas, expondo Carlos Ari Sundfeld<sup>184</sup>:

De minha parte, afirmo, ao falar de regime de direito público, que ele deve ser buscado diretamente nas normas jurídicas. Portanto, só poderei dizer que certos bens (os públicos) são juridicamente diferentes de outros (os privados) depois de constatar que as normas jurídicas dão a eles tratamentos diferenciados. [...]. O regime de direito público é um complexo, um conjunto, e não um simples dado. Para conhecermos esse complexo, precisamos identificar os princípios de direito público.

E arremata<sup>185</sup>:

A nosso ver, são os seguintes os princípios gerais do direito público brasileiro: a) autoridade pública; b) submissão do Estado à ordem jurídica; c) função; d) igualdade dos particulares perante o Estado; e) devido processo; f) publicidade; g) responsabilidade objetiva; h) igualdade das pessoas políticas.

Ante essa lição, não se pode negar que a privação da propriedade instituída nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002 é de natureza predominante de direito privado, porquanto, atua diretamente no interesse dos particulares.

Os fundamentos estabelecidos na Constituição Federal, os princípios fundamentais que regem o tema da privação da propriedade se comportam validamente, pois editada pelo Congresso Nacional, está de acordo com a forma prevista em lei e não atinge direitos superiores, portanto, está estabelecida de conformidade com o ordenamento jurídico em vigor.

Não se conformam com o critério de regime de direito público amplamente aceito pela comunidade jurídica brasileira, como expõe Carlos Ari Sundfeld, ou seja, não se insere nos princípios gerais do direito público.

---

<sup>184</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed., 6. t. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

<sup>185</sup>Ob. cit., p. 153.

E sendo de ordem privada os princípios que a informam, conduzem ao entendimento muito mais próximo de que a posse, a propriedade e a função social da propriedade são valores constitucionais e não mais regras a serem cumpridas no sistema tudo ou nada.

A constitucionalização do direito civil, teve a diligência de tratar os assuntos de direito privado que estão encartados na Constituição Federal, assuntos que antes só eram produzidos no Código Civil/1916 e a partir desse acontecimento histórico o Código Civil/1916 deixou de ser o instrumento mais importante para o direito privado e centralizou na Constituição Federal esse fenômeno jurídico, diante da sua hierarquia jurídica.

Uma das mais expressivas orientações da constitucionalização do direito civil é a elevação dos direitos fundamentais da pessoa humana e sua dignidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, como fatores mais importantes.

### **3.6 Fundamentos da desapropriação judicial por posse-trabalho**

A desapropriação tem previsão na Constituição Federal, distribuídos em diferentes artigos: 5º, XXIV; 182 § 4º, III; 184 e 243, parágrafo único.

Não há na Constituição Federal nenhuma hipótese que trate diretamente da desapropriação judicial por posse-trabalho, ordenado no art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil/2002, e a partir desta constatação, é necessário que se cogite o seu objeto, seu fundamento e, assim, poder chegar a seu conceito.

O conceito tradicional de desapropriação é o modo pelo qual o poder público<sup>186</sup>, de forma impositiva, retira os poderes da propriedade de seu titular e a obtém para si ou excepcionalmente a terceiros, mediante uma indenização justa e prévia em dinheiro, quando está amparado por interesse público, e fundamentado no interesse social, necessidade pública ou utilidade pública.

Há os casos em que a indenização se formaliza através de títulos da dívida pública que serão resgatados em parcelas anuais e sucessivas, com preservação do valor real e justo, quando nas hipóteses legais, os imóveis urbanos ou rurais não atenderem a função social, como é o caso do art. 184 da Constituição Federal.

---

<sup>186</sup>Conjunto dos órgãos com autoridade para prestar os serviços públicos, constituídos pelos três poderes: legislativo, executivo e judiciário que fundam a potestade estatal, regula e ordena o funcionamento da sociedade.

São fundamentos da desapropriação, para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>187</sup>:

O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis.

O fundamento jurídico teórico consiste na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema.

Corresponde à idéia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território.

E para Hely Lopes Meirelles<sup>188</sup> são:

Os fundamentos na intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da Comunidade.

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional.

Outra característica fundamental da desapropriação tradicional, conforme Hely Lopes Meirelles<sup>189</sup> é o poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e de interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçadas na Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.

Dessa lição, portanto, convergem consequências jurídicas, com as quais não se podem olvidar. A primeira delas, é que a desapropriação, ou expropriação, necessita de previsão na Constituição Federal, e que dos preceptivos que constam da carta política, não há previsão direta e específica da desapropriação judicial por posse-trabalho. Porém, como visto, pode-se resignar com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou na melhor das hipóteses, da constatação da validade, existência e eficácia dos direitos protetores da pessoa humana, nas relações havidas entre os particulares e de aplicação imediata, conforme se pode conferir dos arts. 1º, III e 5º § 1º da Constituição Federal.

O direito civil constitucional, outra fração do direito privado da atualidade, é o instrumento conversor da desapropriação por posse-trabalho.

Nas relações entre os particulares, as normas constitucionais que protegem a pessoa humana têm aplicação imediata, ou a eficácia horizontal imediata, que se aplicam em sociedades em que há grande diferenciação das classes sociais, sejam constatadas desigualdades não só produzidas pelo Estado, mas em igual proporção por parte de classes privadas: mercado financeiro, mercado de trabalho, a família, a sociedade civil organizada,

---

<sup>187</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 739.

<sup>188</sup>Ob. cit., p. 684 e 689.

<sup>189</sup>Ob. cit., p. 689.

a empresa, etc.

Deixa, nessa vertente, de se encarar a Constituição Federal sob o ponto teórico da carta política para ser confrontada como carta fundamental.

A eficácia horizontal da Constituição Federal muda o eixo para não mais ser as normas de proteção da pessoa humana dirigidas ao legislador e ao Estado, com caráter de normas programáticas e eficácia vertical.

Passa, portanto, a predominar a horizontalidade, quer dizer, a aplicabilidade direta da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, significando a aplicabilidade imediata das normas constitucionais na intervenção da propriedade privada, sem a previsão específica no texto constitucional.

Nesse ponto, há fortíssimo e indispensável auxílio da tese desenvolvida na Alemanha pelo professor Erik Jayme, da Universidade de Helderberg, introduzida entre nós pela professora Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que diz respeito ao diálogo das fontes.

Para essa teoria, as normas jurídicas não mais se excluem por pertencerem a ramos de direito distintos, porém, e contrariamente, se completam, com uma visão unitária do ordenamento jurídico, aplicando-se com funcionalidade, justamente no momento em que se vive uma era de crescente aumento da produção legislativa, com expressiva criação de todos os ramos do direito, produzindo desorientação aos intérpretes e ao aplicador do direito.

Cláudia Lima Marques<sup>190</sup> expõe as razões filosóficas e sociais da aplicação da teoria o diálogo das fontes na seguinte proposição:

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'leretourdessentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (Zersplietierung), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção ao meio ambiente, na pluralidade dos agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'doublecoding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência' (JAYME, Erik. Identité Culturalle et Integracion; Le Droit

---

<sup>190</sup>MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 24.



Essa teoria tem como maior fundamento a superação clássica dos critérios de soluções de antinomias jurídicas, tais como: hierarquia, especialidade, cronologia, etc.

Pietro Perlingieri<sup>191</sup>, para além do diálogo das fontes, volta-se a construir a teoria da crise do direito subdividido em público e privado, por afirmar que o Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido a realizar o interesse de cada pessoa. E unifica os dois ramos do direito ao atribuir como imprescindível o fundamento da unidade do ordenamento jurídico, o respeito à dignidade da pessoa humana e a observância dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal. Desse modo, ao unificar os dois ramos do direito, atribui papel renovador à Constituição Federal, qual seja: regular diretamente as relações jurídicas-privadas.

Não escapa desse contexto a norma prevista no art. 5º § 1º da Constituição Federal com os §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, por se comunicarem explicitamente.

Quanto ao poder discricionário, característica da administração pública, no exercício dos atos administrativos, com efeito o ato expropriatório, fundado na liberdade de escolha conveniente, oportuna e de conteúdo, há de se indagar se a desapropriação judicial por posse-trabalho se insere nas opções de utilidade pública ou interesse social?

A utilidade pública, antes prevista no art. 590 §§ 1º e 2º do Código Civil/1916 — sem correspondência no Código Civil/2002 —, atualmente está capitulada no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública.

Portanto, conceitua-se de utilidade pública: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população; seu abastecimento regular de meios de subsistência; o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casa de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou

---

<sup>191</sup>PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina Cicco, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 57.

rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; os demais casos previstos por leis especiais.

Não é hipótese de previsão em lei especial, pois, o Código Civil/2002 não tratou categoricamente a desapropriação judicial por posse-trabalho como hipótese de utilidade pública e nem tampouco a doutrina tem cuidado o tema dessa forma.

E sob o ponto de vista de interesse social, o conceito está declinado no art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que define os casos de desapropriação por interesse social, ao considerar: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias; a construção de casas populares; as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Finalidade pública ou interesse social, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>192</sup> se destinam os bens a particulares que irão explorá-los segundo as exigências da coletividade, embora da iniciativa privada, ou usá-las na solução de problemas sociais de habitação, trabalho e outros mais.

Não se pode negar que a desapropriação judicial por posse-trabalho se insere no conteúdo jurídico de *utilidade pública*, até porquê, duas hipóteses de consideração legal

---

<sup>192</sup>Ob. cit., p. 697.

estão cabalmente integrados, ou seja: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico e a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias.

O seu fundamento vai além e se ampara na função social da propriedade e não somente no interesse social, e, desse modo, justifica o ato desapropriatório do Estado-juiz.

Porém, há uma discrepância entre a doutrina de Hely Lopes Meirelles ao atribuir ao Estado o poder expropriatório quando houver interesse social discricionário e a desapropriação judicial por posse-trabalho.

Na desapropriação judicial privada por posse-trabalho não há nada de ato discricionário por parte do Estado-juiz, mas uma imposição, uma decisão forçada, obrigatória, vinculativa aos requisitos do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil/2002.

Pode-se afirmar, contudo, que se trata de um direito potestativo<sup>193</sup>, em que se impõe ao proprietário, que não cumpre a função social da propriedade, a sujeição de sua conduta omissiva ao exercício de direito dos legitimados e, desse modo, constitui o direito destes.

De sua vez, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>194</sup>, conceituam o direito potestativo por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos por determinadas situações mediante um ato próprio de vontade, inclusive atingindo os terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.

Os titulares do direito têm a faculdade, por ato próprio de vontade, mediante suas condutas, constituir o direito de propriedade contra o proprietário que não der destinação adequada à função social da propriedade. É que, o sujeito passivo não interfere no exercício do direito de seus titulares ao pretenderem a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, porém, necessário será a intervenção Estatal, por atividade do Poder Judiciário para que integre a vontade dos titulares do direito, porquanto, este é o que detém legitimidade legal para deferir a privação da propriedade e finalizar a transferência dela.

Os traços marcantes do direito potestativo, quais sejam: *i*) poder jurídico conferido ao titular; *ii*) declaração unilateral de vontade, realizável por meio de decisão judicial; *iii*) estado de sujeição da outra parte; *iv*) influência em situação jurídica preexistente; e *v*)

---

<sup>193</sup>Ver item 3.4, desta dissertação.

<sup>194</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. v. 1, 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

produção de efeitos constitutivos, são presentes na desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

Há, entretanto, uma hipótese de decadência para que o titular exerça o direito potestativo, com o exercício de sua declaração de vontade em indenizar o proprietário, previsto no § 4º do art. 1.228 do Código Civil/2002, quando houver de ser manifestado em defesa em ação reivindicatória.

Fora essas hipóteses, conforme entendimento dos Enunciados 310 da IV Jornada de Direito Civil e 496 da V Jornada de Direito Civil, ambas do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ao avançarem que o imóvel reivindicado abrange situações tanto no juízo petitório quanto no possessório, ampliando assim a possibilidade de ser alegada a desapropriação judicial privada por posse-trabalho em petição inicial, ou seja, em ação autônoma, não sendo somente exercitável em matéria de defesa do proprietário em ação reivindicatória.

Nessas hipóteses, não havendo ação reivindicatória, por não prever o Código Civil/2002 ou qualquer outra lei o prazo de movimentar o Poder Judiciário e pedir a desapropriação judicial privado por posse-trabalho, ou seja, de exercer o direito potestativo de seu titular, não há decadência a ser proclamada.

#### **CAPÍTULO 4 – PECULIARIDADES DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA POR POSSE-TRABALHO**

#### 4.1 Da constitucionalidade do instituto

Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>195</sup> reputa inconstitucional a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, por violação ao direito fundamental da propriedade:

Essas regras estatuídas nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a sua gleba. [...]

Tal forma de usucapião, que aniquila o direito de propriedade previsto na Constituição, configurando-se em um verdadeiro confisco, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização.

Essas regras, a do novo Código Civil e a do art. 10 e seus parágrafos da Lei n. 10.257/2001, devem ser modificadas por um projeto de lei específico, evitando-se que o Judiciário seja obrigado, por intermédio de inúmeras ações que haverão de surgir, a declará-las inconstitucionais, já que sua constitucionalidade já é posta em dúvida por outros juristas.

Pablo Stolze Gagliano<sup>196</sup> também entende ser instituto inconstitucional por haver excesso de conceitos abertos e indeterminados, o que acaba inviabilizando o Poder Judiciário de julgar os casos concretos.

Em oposição a esses doutrinadores, o enunciado nº 82 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça ampara a constitucionalidade da desapropriação judicial privada por posse-trabalho prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002<sup>197</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski, no voto de sua lavra, na Reclamação nº 3.437<sup>198</sup>, ao deixar sua contribuição, a título *obter dictum*, para o julgamento dessa Reclamação, declarou que o Código Civil/2002 protege ainda mais a boa-fé, com esteio: *i*) no princípio da socialidade, trazido pelo professor Miguel Reale; *ii*) na função social da propriedade; *iii*) na posse-trabalho, admitindo que o art. 1.228 §§ 4º e 5º introduziu uma nova forma de desapropriação: a judicial da posse-trabalho.

Portanto, ainda que de forma passageira, o Supremo Tribunal Federal, optou pelo

---

<sup>195</sup>MALUF, Carlos Alberto Dabus. Novo Código Civil Comentado (Coord.) Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.099.

<sup>196</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo. In DIDIER JUNIOR, Frédie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 360/361.

<sup>197</sup>É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

<sup>198</sup>Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524353>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

reconhecimento da constitucionalidade da desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

Além desses argumentos, a função social da posse, protegida pelo ordenamento jurídico, gera efeitos ao possuidor que ao longo do tempo empregou seu trabalho e investiu economicamente na propriedade.

Não se pode negar a constitucionalidade da desapropriação judicial privada por posse-trabalho, ao passar pelos temas da constitucionalização do direito civil, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os direitos sociais e, o mais importante, o novo conceito de posse e de propriedade que levam em conta a implementação da força laborativa e do emprego de recursos econômicos.

Por isso, compartilhamos o entendimento da constitucionalidade que tem apoio na maioria da jurisprudência e da doutrina.

#### **4.2 O proprietário também pode ser *privado* da coisa — art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002**

A *privação* da coisa, empregada no art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002, tem o sentido de ato ou efeito de despojar ou desapossar alguém de algo a que tem direito; de impedir de ter a posse ou a cassação de gozo da posse<sup>199</sup>.

Pode-se ir além, para definir que se compreende dentro desse conceito jurídico, o efeito de despojamento ou impedimento, não só da posse, mas também da propriedade da coisa.

Em outras passagens, o Código Civil/2002, faz o uso da expressão *perda*, que tem a mesma acepção jurídica de *privação*, sendo em especial os arts. 1.223 (perda da posse); 1.275, I a V (perda da propriedade por alienação, abandono, renúncia, perecimento e desapropriação); e 1.276 (perda da propriedade por abandono).

Inclusive a desapropriação, em um primeiro momento (art. 1.275, V), diz respeito a perda da propriedade e, posteriormente (art. 1.228 § 4º) refere-se à privação da propriedade.

Miguel Reale<sup>200</sup> sobre o significado das palavras, principalmente no campo da ciência do direito, endossa a lição de Bergson de que as palavras são prisões capazes de receber múltiplos conteúdos. E por isso, diante da multiplicidade de acepções e muito

---

<sup>199</sup>NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 683.

<sup>200</sup>REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. 3. t. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 495.

maior ainda quando empregado com mais frequência e com muitos sentidos.

Tércio Ferraz Sampaio Júnior<sup>201</sup> assenta que se pode definir uma palavra pelo método *especulativo*, que ocorre quando se propõe um uso novo para o vocábulo, fixando-lhe arbitrariamente o conceito; ou por critério da *funcionalidade* quando as redefinições não são julgadas pelo critério da verdade, mas dos objetivos de quem o define, e, portanto, ao se cotejar esse critério à palavra *privação* será funcional ou não, conforme o objetivo do definidor seja atendido.

A perda da propriedade na hipótese da desapropriação judicial privada por posse-trabalho não foi empregada por se referir a um significado que se prendia aos conceitos empregados no sistema do Código Civil/1916, com fundamento na ideia individualista do liberalismo que imperava na época de sua promulgação.

A partir da nova ordem que inspirou o Código Civil/2002, introduzir a privação da propriedade ao se descuidar da função social da propriedade, trouxe a noção de algo novo, de outras mentalidades, iniciando-se pela opção do nome jurídico que se pretendeu dar ao despojamento, ao impedimento de prosseguir com a propriedade.

Essa introdução de nova nomenclatura foi intencional, para demarcar, com destaque, os novos fundamentos que foram introduzidos com o Código Civil/2002.

Não se ignora que o Código Civil/1916, no art. 1.117, I, mencionava a privação da coisa em caso de evicção e, portanto, não é novidade o emprego dessa expressão, porém, não havia no contexto dessa codificação, qualquer distinção com a expressão perda, o que hoje se pode dizer, há uma distinção entre ambas, apesar de ambas terem o mesmo significado.

### **4.3 Responsável pela indenização**

Uma das lacunas mais salientes a ser destacada dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, diz respeito ao responsável pela indenização na desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

Os enunciados n.ºs 84<sup>202</sup> e 308<sup>203</sup> das I e IV Jornadas de Direito Civil do Conselho

---

<sup>201</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

<sup>202</sup>A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

<sup>203</sup>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

de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça definiram que a indenização é dever dos possuidores quando não forem de baixa renda, cabendo ao poder público essa responsabilização em caso de: *i*) contemplar políticas públicas no âmbito de reforma urbana e agrária; *ii*) possuidores de baixa renda; *iii*) haja intervenção do poder público na discussão processual.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.442.440, decidiu por unanimidade, que o Estado do Acre e o Município de Rio Branco constituem sujeitos passivos da indenização prevista no art. 1.228 § 5º do Código Civil/2002, visto que os possuidores, por serem pessoas hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel, tendo o mesmo acórdão invocado esses dois enunciados acima discriminados<sup>204</sup>.

Segundo os enunciados e o acórdão, cuida-se de tema afeto às políticas públicas do poder público e, por envolver esfera de poder, há a necessidade de investigação das normas — princípios e regras — orçamentárias.

Os enunciados dão interpretação restritiva aos direitos fundamentais ao adotar o critério do poder econômico dos possuidores, em desvantagem a um critério jurídico apoiado em garantias fundamentais que não impõe discriminem pelo fator econômico e, ainda, somente quando apoiadas em reformas urbanas e agrárias especificamente definidas em políticas públicas estatais e intervir o poder público na relação processual que se origina o dever de indenizar o proprietário.

Políticas públicas são o conjunto de programas, ações e atividades desempenhadas pelo poder público direta ou indiretamente com a finalidade de assegurar determinados direitos sociais, culturais, étnicos ou econômicos e que estão previstos constitucionalmente.

São instrumentos de planejamento, execução, monitoramento e avaliação, exercidos de forma integrada aos planos, programas, ações e atividades do poder público.

O art. 1º da Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, conhecida sob a designação de Lei da Transparência, assegura a informação mediante a: *i*) incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; *ii*)

---

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.

<sup>204</sup> Disponível

em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1665689&nun\\_registro=201400582864&data=20180215&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1665689&nun_registro=201400582864&data=20180215&formato=PDF)>. Acesso em: 10 dez. 2017.



liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; *iii*) adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

As políticas públicas são planejadas e executadas, com a participação popular, não se tratando mais de uma preferência do gestor público.

A proteção às garantias fundamentais sociais pressupõe prestações positivas do Estado para desenvolver políticas públicas ou, na expressão de Regis Fernandes de Oliveira<sup>205</sup>, são os atos e ações imprescindíveis para a prestação dos serviços públicos, de limitação e de exceções, de disciplinar a ordem econômica, de garantia do meio ambiente e da *solução dos conflitos*.

Nas políticas públicas sociais, em especial a saúde e educação, no atual quadro de judicialização, para assegurar o emprego de recursos públicos e acudir os mais necessitados, os direitos sociais passaram a assumir a configuração de norma programática e, portanto, dependente dessas políticas públicas para se viabilizar.

Nos direitos sociais as prestações positivas do Estado variam de conformidade a cada pessoa humana e em razão de sua necessidade, e ao se despender mais recursos em relação a uma pessoa humana em relação à outra, envolve a adoção de critérios distributivos para esses recursos, ou conhecidas como escolhas alocativas, conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes<sup>206</sup>.

E para o mesmo autor<sup>207</sup>, a escolha de destinação de recursos públicos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.

Ana Paula de Barcellos<sup>208</sup>, de seu turno, menciona que as políticas públicas estabelecem em abstrato: *i*) a fixação de metas e prioridades em matéria de direitos fundamentais; *ii*) o resultado final esperado; *iii*) a quantidade de recursos a ser investida na realização de políticas públicas vinculadas a realização de direitos fundamentais; *iv*) o

---

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 282.

<sup>206</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 628.

<sup>207</sup> Ob. cit., p. 628.

<sup>208</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e Controle Jurídico no Espaço Democrático. *In* Revista de Direito do Estado, nº 3, jul/set 2006, Renovar: Rio de Janeiro, p. 35.

atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público; v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados as finalidades.

A discussão que hoje gravita no campo jurídico diz respeito a atuação indispensável do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais, na busca de qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, teoria conhecida como *minimum core approach*: abordagem do núcleo mínimo dos direitos sociais.

O embate existente entre os gestores públicos e o judiciário na questão da judicialização das políticas públicas dos direitos sociais, se transferirão para a desapropriação judicial privada por posse-trabalho, sob a recorrente hipótese de não dispor, este último, de capacidade de examinar os direitos sociais em suas totais consequências globais ao destinar as verbas públicas em prejuízo do todo, conhecidas como *escolhas trágicas*: quanto disponibilizar e a quem atender.

O acórdão do Recurso Especial nº 1.442.440, deu interpretação diferente, sem, necessariamente, adentrar nas políticas públicas do Estado do Acre e do Município de Rio Branco, referente a justa indenização, muito menos que a indenização seria proveniente de verbas de programas — normas programáticas — de ordem urbana ou rural, o que certamente inviabilizaria a referida indenização.

Entendeu a 1ª Turma, sob a relatoria do Ministro Gurgel de Faria, julgado em 17 de dezembro de 2017 e disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 18 de fevereiro de 2018, nesse Recurso Especial nº 1.442.440, que cabe ao magistrado fixar o valor da justa indenização devida ao proprietário e que os parâmetros para o cálculo da indenização, a ser realizada por perícia judicial em processo de liquidação de sentença e com apoio no enunciado nº 240 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>209</sup>.

Em caso de não ser o Estado parte no processo, evidentemente deverá participar da discussão acerca da perícia judicial na fixação do valor da área, uma vez, será o responsável pelo pagamento.

Trata-se de decisão condescendente com a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais que estão previstos no art. 5º § 1º da Constituição Federal.

Pode-se ir além, para dizer que não só os possuidores de baixa renda não são os responsáveis pela indenização, mas todo e qualquer possuidor, inclusive aquele que não seja considerado de baixa renda.

---

<sup>209</sup>A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

Nesse ponto, as normas consagradoras de prestações positivas do Estado, conforme mencionam Mario Lúcio Garcez Calil e Paulo Caliendo<sup>210</sup>, só podem ocorrer na hipótese da concepção *absolutista*, quer dizer, a privação da propriedade, a indenização e a transferência da posse, na hipótese dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil/2002, devem ser concretizados pelo judiciário sem qualquer questão sobre outras questões, principalmente as políticas públicas, os entaves orçamentários e serão, sempre, implementados ao máximo. A efetivação dos direitos fundamentais se sobrepõem ao orçamento público, sendo dever do Estado garantir a igualdade material, independentemente da condição econômica do possuidor.

José Afonso da Silva<sup>211</sup> sustenta que a norma do art. 6º da Constituição Federal não se subjugam mais a norma programática, porque relegar-se à vontade do legislador a eficácia das normas sociais é uma lesão ao direito e, por certo, já enquadrada no fato gerador da garantia de acesso à justiça, esta, aliás, a esfera de poder que determina a desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

O que há para ser considerado na questão da indenização são dois fatores preponderantes: *i)* o proprietário não deu destinação à função social a propriedade; *ii)* o possuidor empregou esforços econômicos e social à propriedade.

Ocorrendo essas duas hipóteses, é o que basta para que o Estado seja obrigado ao pagamento da indenização, independentemente da capacidade econômica do possuidor, pois, somente assim se estaria incrementando eficazmente os direitos sociais, principalmente de moradia.

Nem se pode olvidar que se trata de indenização decorrente de decisão judicial e não de hipótese de política pública reservada a programa de reforma urbana ou agrária, em que esta, decorre da vontade popular e do governante, previamente discutida e prevista em orçamento público.

A indenização tem regime constitucional específico, e será comunicada ao presidente do Tribunal competente para determinar ao gestor público a inclusão da despesa pública no orçamento, conforme está disposto no art. 100, §§ 5º 6º da Constituição Federal.

De conseguinte, a restrição construída pelos enunciados poderá, em casos concretos, inviabilizar a desapropriação judicial privada por posse-trabalho aos possuidores de baixa renda, quando o poder público condenado a indenizar o proprietário, não tiver em

---

<sup>210</sup>Item 1.8, desta dissertação.

<sup>211</sup>SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

seu orçamento programas voltados às políticas de reforma urbana e rural.

Os princípios que se emparelham ao tema, conforme estão discriminados no capítulo 2, demonstram que o Estado-Social assumiu a responsabilidade do Estado de todas as classes sociais, e não somente das pessoas de baixa renda, o Estado como mitigador de conflitos sociais.

Em sendo restringido a indenização nos moldes dos enunciados, pode-se dizer que há um preconceito ideológico, para distorcer o Estado-Social em Estado-Socialista que só tem sentido de existir às pessoas da baixa renda, distorcendo a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e da posse e, mais atualmente, da posse-trabalho o que torna a interpretação em desacordo com a Constituição Federal.

#### **4.4 Bens públicos e a desapropriação judicial por posse-trabalho**

José Cretella Júnior<sup>212</sup> explana que os bens públicos, objeto das preocupações publicísticas, são caracterizados por uma série de conotações que os tornam típicos, possibilitando a elaboração do regime jurídico da dominialidade pública, informada por princípios de direito público, que se articulam com o dogma da indisponibilidade. A dominialidade pública é o regime que assegura especial proteção a certos bens das pessoas administrativas, bens considerados particularmente necessários ao público ou aos serviços públicos. O domínio público é a parte dos bens público protegida por esse regime, e está submetido a um regime jurídico de direito administrativo, dominado pelo princípio da indisponibilidade e comportando regras diversas de delimitação, de proteção e de utilização, desconhecidas do direito privado. Em consequência do regime publicístico a que se acham submetidos, os bens públicos se subtraem da maior parte das normas reguladoras do direito de propriedade privada.

A característica essencial da matéria dos bens públicos é a existência, entre os bens das pessoas jurídicas públicas, de um domínio público, o qual, em razão de sua afetação à utilidade geral, está submetido a um regime de proteção exorbitante do direito comum. Certos aspectos deste regime reforçam os direitos de propriedade da Administração, como, por exemplo, a impossibilidade para os particulares de adquirirem uma parcela do domínio público, mediante *prescrição*.

Os arts. 183 § 3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal e art. 102 do

---

<sup>212</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. Filosofia do Direito Administrativo. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 156/157.

Código Civil/2002 dispõem que os bens públicos são *imprescritíveis*, vendando a aquisição por usucapião.

Consoante a dicção desses dispositivos, é regra que se aplica exclusivamente a *usucapião de bens públicos*, considerados no art. 99 do Código Civil/2002.

Silvio Luís Ferreira da Rocha<sup>213</sup> declina que o princípio da função social da propriedade ganhou contornos nítidos no ordenamento jurídico e que seus efeitos incidem, também, sobre o domínio público, embora, às vezes, haja a necessidade de harmonizar o princípio da função social com outros princípios e com o interesse público.

Nesse contexto, os bens públicos que não derem destinação à função social da propriedade e da posse, serão desapropriados aos possuidores e em conformidade com o que dispõe o art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil/2002.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>214</sup> sustentam que sob a análise civil-constitucional a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é um equívoco por ofender o valor da função social da posse e o princípio da proporcionalidade. E quanto a diversificação entre os bens públicos formais, ou aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de direito público, excluídos de qualquer forma de ocupação para moradia ou atividade produtiva; ou bens materialmente públicos, ou aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento dotados de alguma função social, a Constituição Federal não atendeu esses critérios e, ao final, conceituam que os bens particulares têm função social, enquanto os bens públicos são função social, de modo que, passíveis de desapropriação pelo particular.

O art. 2º § 2º da lei de desapropriação por utilidade pública importa autorizar entes políticos de hierarquia superior a desapropriar bens de entes políticos de hierarquia inferior, sendo possível, por exemplo, à União desapropriar bens dos Estados e dos Municípios, porém, sempre por meio de autorização de lei expedida pelo Poder Legislativo e com declaração de utilidade pública.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro a hipótese de não ser permitida a desapropriação de bens de domínio público, ao contrário, desde a lei de desapropriação já havia as hipóteses de possibilidade e que foram estendidas pela Constituição Federal e, mais recente, com a constitucionalização do direito civil.

O Recurso Especial nº 1.296.964, conforme difundido no Informativo nº 594, do

---

<sup>213</sup>ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

<sup>214</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*. v. 5. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 395.

Superior Tribunal de Justiça, publicação 01/02/2017<sup>215</sup>, assenta:

É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical.

Informações de interior teor: Ambas as Turmas da Seção de Direito Privado vinham privilegiando o entendimento de que, quando se estivesse diante de área pública, por se tratar de mera detenção, não seria possível a arguição de proteção possessória, ainda que entre particulares. No entanto, recentemente, a Terceira Turma, revendo seu posicionamento, reconheceu a possibilidade da tutela da posse de litigantes situada em bem público. Com efeito, duas são as situações que devem ter tratamentos bem distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas. O particular, perante o Poder Público, exerce mera detenção e, por consectário lógico, não haveria falar em proteção possessória. Já no que toca às contendas entre particulares, a depender do caso concreto, é possível o manejo de interditos possessórios. De fato, o Código Civil tratou no Capítulo III, do Livro II, dos bens públicos, sendo aqueles “bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” (art. 98), classificando-os quanto à destinação ou finalidade em: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Estes últimos pertencem ao acervo estatal, mas se encontram desafetados, sem destinação especial e sem finalidade pública, ou pertencem às pessoas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado (art. 98, parágrafo único do CC). São disponíveis e podem ser alienados (art. 101). Nessa ordem de ideias, tendo sempre em mente que a posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a *res* e garantindo sua função social, é que se reconhece, de forma excepcional, a posse pelo particular sobre bem público dominical. O critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórios por um particular. Dessarte, com relação aos bens públicos dominicais, justamente por possuírem estatuto semelhante ao dos bens privados, não sendo considerados *res extra commercium*, tem-se que o particular poderá manejar interditos possessórios contra terceiros que venham a ameaçar ou violar a sua posse. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm. 340, CF, arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102), permitindo-se concluir que, apenas um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - é que será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular.

O Edifício Wilton Paes de Almeida<sup>216</sup>, que em decorrência de um incêndio se destruiu completamente no dia 1º de maio de 2018, bem público de propriedade da União, não fosse bem tombado, seria um exemplo de possibilidade de os possuidores pedirem ao Poder Judiciário a desapropriação judicial por posse-trabalho.

De conseguinte, no atual estágio do direito civil constitucional, há a possibilidade de desapropriação judicial por posse-trabalho, uma vez que, não se trata de hipótese de

---

<sup>215</sup>Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0594.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0594.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

<sup>216</sup>Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Edif%C3%ADcio\\_Wilton\\_Paes\\_de\\_Almeida](https://pt.wikipedia.org/wiki/Edif%C3%ADcio_Wilton_Paes_de_Almeida)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

prescrição aquisitiva, mas, por óbvio, de hipótese de não ter o bem público atingido a sua função social, que supera e prepondera o interesse público.

De outro lado, ainda que se sobrepusesse questão de prescrição aquisitiva, o precedente expedido pelo Superior Tribunal de Justiça mitigou a impossibilidade, passando a ser juridicamente razoável admiti-la quando estiver presente o particular exercer o poder fático sobre o bem público e garante a função social, deferindo de forma excepcional a posse legítima ao possuidor sobre o bem público.

#### **4.5 Como lidar com os conceitos indeterminados do § 4º do art. 1.228 do Código Civil/2002**

Neste ponto procura-se abordar os termos indeterminados que estão contidos no art. 1.228 § 4º do Código Civil/2002, quais sejam: *i)* extensa área; *ii)* na posse ininterrupta e de boa-fé; *iii)* por mais de cinco anos; *iv)* de considerável número de pessoas; *v)* e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

De proveitosa passagem o entendimento de Fábio Caldas de Araújo<sup>217</sup> ao batizar a desapropriação judicial privada por posse-trabalho em *usucapião esdrúxulo*, ao entender que os conceitos vagos tornam a medida mais drástica, porque ao mesmo tempo em que prevê a perda da propriedade quando há o preenchimento de requisitos enunciados, não revela quem será o responsável pelo pagamento da indenização devida ao proprietário e, muito menos, fixa prazo para o ressarcimento — estes dois últimos tópicos foram analisados no item 4.3, acima.

Porém, pelo princípio da operabilidade ou concretude, fundamento que inspira o Código Civil/2002, esses termos indeterminados são as cláusulas gerais, a alma da nova codificação, com termos abertos, genéricos e indeterminados e cujas respostas para os intérpretes e juízes deverão fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus valores e da sociedade — construídos após anos de educação e de experiências —, aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada<sup>218</sup>.

O espírito do idealizador do Código Civil/2002 está em sua teoria de que sempre

---

<sup>217</sup>ARAÚJO, Fábio Caldas de. Usucapião no Âmbito Material e Processual. 1 ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 218.

<sup>218</sup>TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 51.

encontraremos estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica, como fato, valor e norma: *i)* o direito como valor do justo; *ii)* o direito como norma ordenadora da conduta; *iii)* o direito como fato social e histórico<sup>219</sup>.

Miguel Reale<sup>220</sup> explica que a primeira noção a respeito da ciência do direito foi em termos de justiça, que atualmente considera-se em seus termos axiológicos: o direito como valor, como ideal, de obrigatoriedade e de comando.

Ao se referir sobre a importância da jurisprudência para o direito romano e da forma pragmática que os jurisconsultos romanos reduziram o direito — que irradia para o mundo pós-moderno seus efeitos teóricos — em sentido unitário do fato e do valor graças à terceira dimensão representada pela norma. E, portanto, o significado da palavra direito se esboça em três elementos fundamentais: *i)* o elemento valor como intuição primordial; *ii)* o elemento norma como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e *iii)* o elemento fato, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada<sup>221</sup>.

E conduz além, para informar que ao ser estudado o direito como fato, devem ser estudados os fatos sociológicos, etnológicos, psicológicos e históricos; como valor, os valores axiológicos e politicológicos; e, como norma, normas jurídicas e lógicas<sup>222</sup>.

Nesse contexto, esses termos indeterminados evidentemente devem ser considerados sob forte influência dessas características do direito fundamentado no fato, no valor e na norma.

Mas, não é só. Sob o ponto de vista filosófico, surgem críticas exacerbadas, por imaginar que transferindo ao magistrado a competência para analisar e interpretar termos abstratos e vagos, seria como torná-los superiores aos legisladores e aos agentes públicos, tradicionalmente os encarregados dessa função ou suporiam ser pessoas mais sábias ou mais éticas e, portanto, questionável a legitimidade democrática.

A era da modernidade, superada pelo fracasso de não ter alcançado o devido êxito da ciência ao não trazer a prosperidade e a paz social, com a marca de grandes guerras, o fenômeno da pós-modernidade trouxe à pessoa humana severas dificuldades de julgar através de padrões morais: bom/mal, certo/errado, melhor/pior.

---

<sup>219</sup>Ob. cit., p. 509.

<sup>220</sup>Ob. cit., p. 503.

<sup>221</sup>Ob. cit., p. 507/509.

<sup>222</sup>Ob. cit., p. 512.



Ana Paula de Barcellos<sup>223</sup> descreve como atributo valorativo a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a solidariedade, a moralidade administrativa, a boa-fé, etc., ponderando, não se tratar de conferir maior valor à opinião do juiz por razões subjetivas, quer dizer, por se tratar meramente de um juiz, mas porque as opiniões não são equivalentes, indiferentes ou relativas, mas há padrões morais aplicáveis que permitem afirmar que determinadas posições são certas e outras erradas e como parece natural, as posições certas têm maior valor que a erradas.

Isso por entender que se o relativismo moral generalizado não é consciente e chega a concluir que podem haver consensos e padrões morais: posições certas em oposição a erradas, boas em oposição às más e nesse ambiente a posição de um indivíduo sobre determinada matéria não consistirá apenas na sua própria opinião pessoal e relativa, mas poderá ser confrontada com esses padrões.

Descreve ainda a mesma autora<sup>224</sup> que o fato, esse não mais como fator moral ou axiológico, mas com base na experiência histórica e em conhecimentos técnicos e científicos acumulados e, finalmente, no que diz respeito a norma jurídica<sup>225</sup> — aqui incluímos princípios e regras —, essa conduz às respostas adequadas para o juiz formular sua opinião, com conteúdo especial, e será predominante sob o ponto de vista democrático.

Diante desses argumentos seria inútil, nesta dissertação, pretender dar significados e interpretações aos conceitos vagos, por não se ter presente um caso concreto, no qual se poderia aprofundar nas particularidades fáticas, sacar todo os valores envolvidos e, assim, aplicar a norma mais adequada.

Porém, caberia uma observação a respeito da interpretação dos conceitos vagos que constam da referida norma: toda vez que se deparar com um caso concreto em que haja necessidade de aplicação de valores, indispensável que seja através da ponderação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para se extrair o máximo da potencialização da função social da propriedade e da posse, bem assim, da estrutura socioeconômica que se pretende dar vazão.

#### **4.6 Precedentes judiciais**

---

<sup>223</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e Controle Jurídico no Espaço Democrático. *In* Revista de Direito do Estado, n. 3, jul/set 2006, Renovar: Rio de Janeiro, p. 29/34.

<sup>224</sup>Ob. cit., p. 33.

<sup>225</sup>Ob. cit., p. 34.

Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco<sup>226</sup> destacam que as normas civis constituem um conjunto das regras ordenadoras das experiências cotidianas, das manifestações vitais de um corpo social, trazendo novo código a convicção da profunda historicidade do direito, com frequente remissão aos usos e pela plástica dos modelos jurisprudenciais, costumeiros e negociais, de modo que, as normas do direito privado, em lenta solidificação, não são meramente retrospectivas, porém, ancoradas na compreensão do dinamismo histórico e na elaboração de um modelo jurisdicional de concreção da cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual provém de um modelo doutrinário e hermenêutico já solidificados.

De grande utilidade para que haja segurança jurídica em relação aos termos indeterminados que constam do § 4º do art. 1.228 do Código Civil/2002, está no Código de Processo Civil/2015, referente aos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais são de grande importância para o direito inglês e norte-americano, porém, até pouco tempo, de pouca importância ao sistema brasileiro, apesar da coexistência das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e das decisões de recursos repetitivos expedidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

De conseguinte, a tendência do Poder Judiciário passará, apesar de passos curtos, a se servir de apreciações paradigmas de casos semelhantes.

Apesar de se ter uma resposta negativa à questão de ser o precedente uma fonte primária do direito no Brasil, é certo que os precedentes da *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles, mas é produto de tradições que se sucedem há muitos séculos, por meio de costumes, de decisões judiciais que seguem o mesmo fundamento e formam um alicerce sólido.

Não é intenção desta dissertação, aprofundar no tema dos precedentes judiciais, mas exaltar a sua evidente e notória utilidade e necessidade no tema relacionado à desapropriação judicial por posse-trabalho.

#### **4.7 Instituto exclusivo do Brasil**

A desapropriação judicial privada por posse-trabalho, depois de uma busca nos ordenamentos jurídicos adventícios, é instituto jurídico exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>226</sup>MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. VX/XVI.

Retornando às palavras do seu idealizador, Miguel Reale, ao ter introduzido em tempos anteriores, relativamente às terras devolutas do Estado de São Paulo, não acolhida naquela época, regressando dessa vez, com sucesso, no Código Civil/2002.

E só é possível neste momento por conta da evolução conceitual da posse e da propriedade enfeixados nos princípios constitucionais do art. 5º, *caput* (direito à propriedade); art. 5º, XXII (garantia de direito à propriedade); art. 5º, XXIII (função social da propriedade); art. 5º, XXIV (perda da propriedade por desapropriação); art. 6º (direito à moradia); art. 170, II (garantia da propriedade privada na função econômica); art. 170, III (função social da propriedade na atividade econômica); art. 186 (requisitos para a função social da propriedade).

E também pela constitucionalização do direito civil, uma nova ordem jurídica fundada em linha filosófica adequada ao momento histórico brasileiro, que tem como centro primordial a valorização da eticidade, da socialidade e da operatividade, o grande tripé do Código Civil/2002.

A esse tripé conjuga-se outras duas teorias substanciais do culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito, que são bem próximas da interpretação aberta, genérica e indeterminada da Constituição Federal, em que os exegetas devem aprofundar-se nos fatos, não se distanciar dos valores sociais e, desses ancoradouros aplicar a norma de conformidade aos seus limites, com interpretação sistêmica integralizadora.

A constitucionalização do direito civil é um marco, um instante definidor de mudança de postura, de ruptura com sistema anterior, que evoluiu para a interpretação do direito civil a partir da Constituição Federal, o que é exatamente o que não ocorria, ou seja, a interpretação do direito civil em primeiro lugar e depois de acordo com a Constituição Federal.

E nessa evolução bem diz o seu idealizador que ao possuidor que empregar suas forças e habilidades para preservar e alavancar a economia, em detrimento do proprietário que se afasta da propriedade, em mau comportamento degradante, nasce o direito de se tornar o legítimo dono, qualificado pelo emprego de seu trabalho, daí o emprego do designativo coerente: posse-trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por meio dessas breves premissas levantadas, pôde-se adentrar no estudo da

desapropriação judicial privada por posse-trabalho, e concluir:

Trata-se de instituto exclusivo brasileiro e de importante utilidade para resolução da distribuição igualitária e social da propriedade.

É fruto da evolução do direito forjado ao longo das últimas décadas, principalmente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, que tem como maiores características a reconstrução política, desenvolvida legitimamente pelo poder constituinte, ao dispor sobre relações mais claras e objetivas entre os poderes da República e a sociedade; e no sentido jurídico a definição dos direitos fundamentais, consagradores de valores e finalidades públicas, posicionando-a como norma superior e reguladora das demais normas.

A posse e a propriedade não existem mais com as características absolutas que antes eram conhecidas, cedendo lugar a limites além dos regulamentos estatais, para incluir a função social, a proteção ambiental, entre outros, além do necessário exercício sobre a coisa acompanhado de realização efetiva de caráter socioeconômico.

Apesar das deficiências que foram apontadas nos arts. 1.196 e 1.228 do Código Civil/2002, está claro que a constitucionalização do direito civil impõe que as garantias fundamentais exercem sua incidência e, desse modo, dar-se a interpretação sistêmica e através de diálogos abertos entre as normas que definem esses institutos.

As relações entre os particulares carecem de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, não é somente na relação entre o Estado e particular que se aplicam os direitos fundamentais (relações verticais), mas também entre estes (relações horizontais), por entender que a atividade autônoma deles, podem influenciar o sistema político, com posição dominante ao ponto de afetar essas relações, o que evidentemente ameaçam os direitos fundamentais.

Cuida-se de eficácia limitada, por depender do legislador para editar normas de alcance a possibilitar a distribuição igualitária da posse e da propriedade à sociedade, em especial quando o proprietário se desinteressa a dar destinação adequada e, por outro lado, o possuidor emprega esforço do trabalho e econômicos, transformado a improdutividade em efetividade.

A desapropriação judicial por posse-trabalho, ao ser cotejada com o direito social, na questão da propriedade, distancia-se da programatividade e passa a ter a característica de norma fundamental consagradora de prestações positivas estatais em sua concepção absolutista, ou melhor dizendo, o judiciário não pode levar em consideração quaisquer restrições, tais como orçamento e política públicas.

Na ordem civilista de 1916 os princípios gerais do direito só seriam invocados na hipótese de lacuna da lei e como fonte subsidiária do direito, o que não é mais encarado sob esse prisma, impondo a relação dos direitos fundamentais normatizados na Constituição Federal e nas demais normas coexistentes, valorizando a função interpretativa do Poder Judiciário Social, que assimila os valores sociais a serviço da pessoa humana.

Apesar do Código Civil/2002 preservar alguns fundamentos do Código Civil/1916, e nesse ponto os conceitos de posse e de propriedade, é inerente a filosofia da atual codificação, que norteia as relações civis, o distanciamento do rigor conceitual e a abertura da possibilidade de novos modelos jurídicos através de normas e de valores, com a autonomia explicitas ao juiz para interpretar os fatos e preencher as lacunas com resguardo da boa-fé, da moral e do uso e costumes do lugar.

Nesse panorama principiológico e do culturalismo, de preservação das normas, a desapropriação judicial privada por posse-trabalho é uma norma na sua espécie de regra, cuja finalidade é conduzir uma solução conflituosa entre proprietário e possuidor e ante sua alta carga de certeza ao definir os fatos que vinculam os participantes dessa relação.

É parte estrutural a potestatividade do instituto, no sentido de o titular da posse, ao exercer a atividade socioeconômica, buscar a declaração judicial da propriedade, como forma de confirmação da declaração de sua vontade e em modificar uma relação jurídica subjetiva passiva, desde que, de outro lado, o desinteresse do proprietário.

Tendeu-se ao entendimento de se considerar como desapropriação e não como usucapião especial coletivo, em primeiro lugar por não ter mais sentido distinguir direito público e direito privado, por encontrar uma interdisciplinaridade no ordenamento jurídico, e com a constitucionalização do direito civil impõe submeter o direito positivo aos fundamentos de validade que a Constituição Federal estabelece.

A privação da propriedade é indispensável que seja indenizado o proprietário, o que não acontece na usucapião especial coletivo.

Os fundamentos provêm dos arts. 5º, XXIV; 182 § 4º, III; 184 e 243, parágrafo único da Constituição Federal e ser de interesse social.

Admite-se a constitucionalidade do instituto, com passagem na escassa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e diante dos conceitos vagos, os precedentes judiciais que foram introduzidos no Código de Processo Civil/2015, serão de grande valia.

No que diz respeito a indenização, defende-se que o Estado, em todas as suas esferas, é o responsável e seria mais evidente que o precedente do Recurso Especial nº

1.442.440, do Superior Tribunal de Justiça fosse adotado em todos os casos no território brasileiro, sendo apurado em liquidação de sentença e através de perícia judicial para encontrar o valor jutos e em conformidade o enunciado nº 240 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que não leva em consideração rigorosa o valor de mercado imobiliário e indevidos os juros compensatórios.

A desapropriação judicial privada por posse-trabalho alcança os bens públicos, isso por se entender que não é questão de imprescritibilidade dos arts. 183 § 3º e 19ª, parágrafo único da Constituição Federal.

Nesse particular, o Recurso Especial nº 1.296.964, do Superior Tribunal de Justiça, assentou essa possibilidade de desapropriação aos bens públicos.

A norma geral da desapropriação, prevista no Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941, mitigava relativamente a possibilidade de desapropriação de bens públicos, e mais recentemente, a Constituição Federal não proíbe de forma explícita, devendo levar em consideração que o poder público não se afasta do dever de cumprir a função social da propriedade, porquanto, tem a finalidade de incrementar o interesse público.

Como forma de transferência da propriedade descompromissada com a função social-ambiental, o Código Civil/2002 trouxe enorme contribuição, porém é preciso que esse instituo seja mais vindicado no Poder Judiciário e que este, por sua vez, defina de forma definitiva e contrariamente a orientação dos enunciados nºs 84 e 308 das I e IV jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior tribunal de Justiça, para o Estado ser o responsável pela indenização em todas as hipóteses.

Inclusive, com a pacificação desse entendimento, em momento de amadurecimento dessa prática judicial, o Poder Legislativo aperfeiçoe e inclua o § 6º ao art. 1.228 do Código Civil, para responsabilizar o Estado.

Como sugestão, poderia o § 6º ter a seguinte redação: *§ 6º A indenização devida ao proprietário será de responsabilidade da União, dos Estados e do Distrito Federal e do Município, atendidos as regras do Livro II, Dos Bens, Capítulo III, Dos Bens Públicos.*”

## **ANEXO I**

### **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

### **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

### **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

### **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- I - liberdade de iniciativa;
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III - função social da propriedade;

### **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- I - liberdade de iniciativa;
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III - função social da propriedade;

Art. 171. A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

Parágrafo único. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

## **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente



para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade.

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.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

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.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- II - a propriedade produtiva.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

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

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

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

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.

### **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

### **Código Civil, de 1º de janeiro de 1916**

Art. 1º Est Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

- I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel.

Art. 1.117. Não pode o adquirente demandar pela evicção:

I - Se foi privado da coisa, não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, força maior, roubo, ou furto.

## **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquêle que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.

Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

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.

Art. 1.202. 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. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

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.

Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

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.

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

Art. 1.240. 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.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

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

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

I - por alienação;

II - pela renúncia;

III - por abandono;

IV - por perecimento da coisa;

V - por desapropriação.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

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.

### **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**

Art. 1º O art. 48 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 48. [...]

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III - adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

### **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Excetuam-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente.

#### **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

#### **Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

#### **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**

Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

§ 3º Considera-se efetivamente utilizadas:

I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica.

§ 4º No caso de consórcio ou intercalação de culturas, considera-se efetivamente utilizada a área total do consórcio ou intercalação.

§ 5º No caso de mais de um cultivo no ano, com um ou mais produtos, no mesmo espaço, considera-se efetivamente utilizada a maior área usada no ano considerado.

§ 6º Para os produtos que não tenham índices de rendimentos fixados, adotar-se-á a área utilizada com esses produtos, com resultado do cálculo previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 7º Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie.

### **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**

Art. 31. Incumbe à concessionária:

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

### **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**

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:

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.

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I - cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II - (VETADO).

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I - por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II - por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I - refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II - não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação 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.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta



metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Art. 11. Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.

Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de comosse;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

§ 1º Na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público.

§ 2º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

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.

Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário.

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I - com mais de vinte mil habitantes;

II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional;

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

§ 1º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do caput, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas.

§ 2º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

§ 3º As cidades de que trata o caput deste artigo devem elaborar plano de rotas acessíveis, compatível com o plano diretor no qual está inserido, que disponha sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, com vistas a garantir acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, inclusive as que concentrem os focos geradores de maior circulação de pedestres, como os órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos, entre outros, sempre que possível de maneira integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros.

### **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**

Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 9º É facultado ao poder público competente conceder autorização de uso àquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas para fins comerciais. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.

§ 2º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no *caput* deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória.

### **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte. Biel: Suhrkamp Verlag, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. Código Civil Anotado. São Paulo: Método, 2005.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Usucapião no Âmbito Material e Processual. 1 ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_, Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. Revista de Direito do Estado, nº 1, jan/mar 2006, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e Controle Jurídico no Espaço Democrático. *In*: Revista de Direito do Estado, n. 3, jul/set 2006, Renovar: Rio de Janeiro.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Diálogo Jurídico. Salvador. nº 15, jan/mar 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. v. 1, 5. ed. atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

\_\_\_\_\_, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 6. ed. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BRAGA, Roberta Chaves. Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm)>.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos Direitos Sociais: Prestação Jurisdicional com Base na Ponderação de Princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999

CHAMOUN, Ebert Vianna. Instituições de Direito Romano. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas Como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil: Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942/1945). 3.t. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

D'ATENA, Antonio. A Constituição e as suas Normas programáticas. Panóptica. Vitória. Ano 2, nº 13, jul/out 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. 4, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

DIDIER JÚNIOR, Frédie. A Função Social da Propriedade e a Tutela Processual da Posse. Novo Código Civil: Questões Controvertidas: Direito das Coisas. Mário Delgado, Jones Figueiredo (Coords.). São Paulo: Método, 2008.

DUGUIT, Leon. La Transformación del Estado. Trad. Adolfo Posada, 2. ed. Espanhola, Madrid: Libreria Francisco Beltrán, s/d.

DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. Trad. Jussara Simões. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. O Modelo das Regras I. *In* Levando os Direitos a Sério. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

FACHIN, Edson Luiz. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 2003.

\_\_\_\_\_. A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil: Reais. v. 5. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: Teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *Justiça Social, Mínimo Social e Salário Mínimo: Uma Abordagem Transdisciplinar*. *In* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, nº 165, jan/mar 2005.

FRIEDMAN, Hershey H. *Human Dignity and the Jewish Tradition*. 2008. Disponível em: <<http://www.jlaw.com/Articles/HumanDignity.pdf>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1.063, 30 mai. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo*. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. *O Chamado Direito Civil Constitucional*. *In* *A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado*. [Org.] Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Novas Dimensões da Propriedade Privada*. *In* Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, nº 411, jan 1970.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HECK, Luís Afonso. *O Recurso Constitucional na Sistemática Jurisdicional-Constitucional Alemã*. *In* Revista de Informação Legislativa, nº 124, a.31, out/dez1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano: Nas Diversas Fases de Seu Desenvolvimento*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JÚNIOR, José Cretella. *Filosofia do Direito Administrativo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1997.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Acesso à Moradia: Políticas Públicas e Sentença por Etapas. Curitiba: Juruá, 2014.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martins Claret, 1998.

LOURES, Sérgio Lopes. Direito Comparado: A Desapropriação nos Ordenamentos Jurídicos Argentino e Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14623/direito-comparado-a-desapropriacao-nos-ordenamentos-juridicos-argentino-e-brasileiro>>.

MANSO, Eduardo Vieira. A Função Social da Propriedade do Solo Rural. *In* Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Saraiva, v. 52.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. p. 370 *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Parte Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público, *In* Revista de Direito Público, São Paulo: Malheiros, vol. 84, out/dez 1987.

\_\_\_\_\_. Princípio da Isonomia: Desiquiparações Proibidas e Desiquiparações Permitidas. RDTV, vol. 1, 1993.

\_\_\_\_\_. Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta. São Paulo: RT, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo, *In* Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo de Direito. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

NUNES, Rizzatto. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Introdução ao Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, v. 1, 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

ORSINI, Edna Ferraresi. O Princípio da Dignidade Humana: Garantia Constitucional. Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Instituições de Direito Civil. v. IV. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZOLLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal. Revista em Tempo, UNIVEM. v. 9, Marília: Letras Jurídicas, 2010.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. v. 1, 3. ed. São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. Direito e Cultura. *In* Horizontes do Direito e da História, São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Filosofia do Direito. 19. ed. 3ª t. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Lições Preliminares de Direito, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da Ética da Situação. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Visão Geral do Novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev 2002. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião. vol. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALEILLES, Raymond. Étude Sur les Eleménts Constitutifs de la Possesion. Dijon: Imprimimeri Darantie, 1894.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectivas Constitucional. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIDER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira, Revista Trimestral de Direito Civil, nº 6, abr/jun. 2001, Rio de Janeiro: Renovar.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. v. I, A-C, 11. ed., São Paulo: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Rafael Machado. Controle Social pela Propriedade: A Desapropriação do Latifúndio e a Justiça Social (Uma Análise Sistêmica Brasil e Portugal). Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35154/1/Rafael%20Machado%20Soares.pdf>>.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A Desapropriação no Direito Comparado. Revista de Direito Administrativo nº 126, abr.-jun. 1973. Rio de Janeiro: FGV/Fórum.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: Direito das Coisas. v. 4, 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. t. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. Fundamentação, Conteúdo e Contexto dos Direitos Sociais: A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Direitos Fundamentais Sociais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da Propriedade às Propriedades: Função Social e Reconstrução de Um Direito. *In* A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. [Org.] Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. v. 5.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. v. I., 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. III, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.