



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Expropriação Privada sob a Ótica da Função Social da Posse

Igor Borba Vianna

Rio de Janeiro  
2011

IGOR BORBA VIANNA

A Expropriação Privada sob a Ótica da Função Social da Posse

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval  
Prof<sup>a</sup>. Kátia Silva  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal  
Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2011

## A EXPROPRIAÇÃO PRIVADA SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

**Igor Borba Vianna**

Graduado pela Faculdade de Direito da  
Universidade Estácio de Sá – Campus  
Menezes Côrtes. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho objetiva analisar a expropriação privada, prevista no Código Civil Brasileiro com espeque na função social da posse. Necessário o estudo da evolução das teorias possessórias, bem como sua natureza jurídica de direito real, segundo doutrina moderna. Apesar de se tratar de um instituto jurídico antigo, a posse vem sendo motivo de muitas discussões na doutrina e na jurisprudência nacionais. As controvérsias que a envolvem geralmente se referem aos questionamentos dogmáticos que são levantados no sentido de destacar a sua dependência e subsidiariedade em relação à propriedade. A expropriação privada, por outro lado, foi recentemente previsto no Código Civil de 2002, e orienta-se pela função social da posse, de modo que prevalecerá sobre o direito de propriedade quando a essa não for dada correta função social, como determina a Constituição Federal. O tema agrega grande relevância social e jurídica face ao crescimento dos grandes centros urbanos em busca do reconhecimento judicial da expropriação privada sob a ótica da função social da posse.

**Palavras-chave:** Expropriação Privada. Função Social. Posse. Direitos Reais. Propriedade

**Sumário:** Introdução. 1. Breve Análise Evolutiva da Posse. 2. Controvérsias quanto à Natureza Jurídica da Posse. 3. O Código Civil Brasileiro e a Expropriação Privada. 3.1. A Mitigação do Direito de Propriedade. 3.2. A Ausência de Inconstitucionalidade do Novo Instituto. 4. A relevância da Expropriação Privada nos Grandes Centros Urbanos. 4.1. Requisitos da Expropriação Privada e Direito Público Subjetivo. 4.2. Indenização pelo Possuidor com Baixa Renda. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A expropriação privada consiste em matéria nova no Sistema Jurídico Nacional, pois, conforme entendimento de parte da doutrina, o legislador civil regulamentou o comando normativo constitucional da função social da propriedade, de modo a regularizar a posse exercida durante tempo determinado por grupo de possuidores que promovem destinação social e econômica com relevante cunho social.

O tema é cativante e de extrema relevância social, uma vez que aborda normas legais que concretizam direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como a função social da propriedade e da posse, bem como o Direito à moradia, de modo a conceder-se espaço à vida digna, à liberdade e à igualdade, para aquele grupo de possuidores que dá produtividade e incentivo econômico ao espaço de terra ocupado.

O presente artigo jurídico tem o objetivo de discutir o reconhecimento legal da função social da posse em detrimento do direito de propriedade, como meio de harmonizar conflito entre direitos fundamentais, face à realidade vivenciada hodiernamente nos grandes centros urbanos. Tem o escopo de demonstrar que a função social da propriedade não observada restará mitigada em favor do interesse social, em plena consonância com o princípio democrático, em vistas a oferecer tratamento igualitário a todos aqueles que habitam o mesmo espaço territorial, proporcionando vida digna, cidadania e bem estar social aos possuidores.

Ao longo do artigo, serão abordados os seguintes tópicos: o instituto da posse em detrimento do direito de propriedade, face a evolução das teorias sobre a tutela possessória tratada, atualmente, como direito real; a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não do art. 1228, §§4 e 5 do Código Civil; os requisitos legais da expropriação privada, bem como se há controvérsia doutrinária sobre o *nomem iuris* dado a tal instituto jurídico; apresentação do

entendimento majoritário quanto à indenização ao proprietário quando os possuidores forem de baixa renda. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber o efeito do reconhecimento pelo judiciário do caráter predominante da posse qualificada pela função social sobre o direito de propriedade quando diante de tensão entre esses dois institutos de índole constitucional.

## 1. BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DA POSSE

Durante a evolução do estudo da posse, teorias diversas surgiram, na tentativa de explicar esse fenômeno, distinto da propriedade, que, porém, não deixa de com ele relacionar-se intimamente.

No ano de 1803, Savigny<sup>1</sup>, com pensamento precursor, observou a posse como resultado da soma entre *corpus*, caracterizado como o poder físico que alguém exerce sobre a coisa, e o *animus domini*, consistente na intenção de dono da coisa, a que chamou de teoria subjetiva em razão da relevância de o possuidor demonstrar a posse da coisa como sua.

Concluiu tratar esse como melhor conceito para o instituto, pois nítida a diferença entre a posse e a mera detenção. Com isso, preenchidos ambos os requisitos, aquela determinada pessoa seria possuidora. Caso ausente a intenção de dono, restaria configurada a detenção e, conseqüentemente, não seria possível invocar a si a tutela possessória.

No Brasil, um dos defensores da teoria subjetiva da posse foi Lafayette Rodrigues Pereira<sup>2</sup>, que a deduziu como a união dos elementos: material (*corpus*), a detenção da coisa

---

<sup>1</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.18.

<sup>2</sup> PEREIRA *apud* MELO, *ibidem*, p.19.

física; e moral (*animus domini*), como a intenção de ter a coisa como própria. Conceitua a detenção como simples fato material que destina a coisa à vontade do homem, o que gera a possibilidade de disposição física sobre ela.

No entanto, a teoria subjetiva não prevaleceu, ainda que tenha sido importante para institutos como a usucapião, apreensão e perda pelo abandono, e do *constituto* possessório, mostrou-se ineficaz quando diante de determinadas figuras jurídicas como locatário, usufrutuário e comodatário, que na essência não seriam possuidores por não ostentarem o elemento moral *animus domini*.

O jurista alemão Rudolf Von Ihering<sup>3</sup>, criticando a posição de Savigny, sustentou a possibilidade de haver posse sem *corpus*, ou mesmo sem *animus domini*, ao que se chamou de teoria objetiva da posse, adotada pelo atual Código Civil Brasileiro.

Como determina essa teoria, a posse seria a exteriorização de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, usar, fruir, dispor ou reaver a coisa. O referido jurista tratou a posse como poder de fato sobre o bem, e a propriedade como poder de direito.

Como salienta o ilustre autor Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>4</sup>: “Para o legítimo exercício da posse, mister que ao possuidor seja possível, no âmbito do ordenamento jurídico, exercer em seu nome, pelo menos um dos referidos poderes, total ou parcialmente.”

Note-se que o poder sobre a coisa exercido pelo possuidor também poderá se encontrar sob a titularidade do proprietário, o que constitui claramente a propriedade plena sobre o bem. Em suma, tratar-se-ia a posse como um complemento da propriedade, necessário a sua defesa plena, já que, ausente a posse, a propriedade seria inútil.

Acrescenta Ihering<sup>5</sup> que o possuidor é titular do direito de se manter na posse ou tê-la restituída caso haja por ofendida a situação jurídica que lhe a determinou (*jus possessionis* –

---

<sup>3</sup> MELO, *ibidem*, p. 20.

<sup>4</sup> MELO, *ibidem*, p. 21.

<sup>5</sup> MELO, *ibidem*, p. 21.

direito à posse), até o momento de conflito entre este e o proprietário que exerce o direito de propriedade e com isso o direito de ter a posse (*jus possidendi*).

Como já afirmado, essa teoria foi adotada pelo Código Civil Brasileiro, consoante art. 1196, que trata como possuidor aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Apesar da opção do legislador civil pela teoria objetiva de Ihering, não se pode olvidar que merece reinterpretção com espeque na Constituição Federal para adaptá-la à função social da posse e com isso fazer valer o prisma constitucional previsto no art. 5, XXIII da CRFB/88.

Desse contexto deriva a teoria sociológica da posse, albergada pelo autor francês Saillelles<sup>6</sup>, que admite uma volatilidade ao conceito de posse, no sentido de que o intérprete possa buscar diversas variáveis, de acordo com a natureza da coisa, forma de utilização, e os usos do país e da época.

A vertente social da posse condiz com o primado da dignidade da pessoa humana considerado como um dos fundamentos da República previsto no art. 1, III, do direito à moradia constante no art. 6º, e ainda do direito de propriedade consoante art. 5º, XXIII, todos da CRFB/88, tendo em vista a relevância social e econômica de tais institutos.

Ana Rita Vieira de Albuquerque<sup>7</sup> sustenta que as principais conseqüências do princípio da função social da posse são: a) a elevação da dignidade da pessoa humana ao plano concreto como instrumento efetivo para atender as exigências de moradia; b) a posse como direito autônomo em relação à propriedade; c) a prova da posse sem formalismos, bastando a comprovação da melhor posse, como aquela que cumpre a sua função social; d) releitura da teoria objetiva com vistas ao modo de utilização da posse e não a efetiva causa de aquisição do bem.

---

<sup>6</sup> SAILLEILLES apud MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *op. cit.*, p. 23.

<sup>7</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. *Função social da posse e sua consequencia frente a situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 213-221.

Esses estudos revelam a carga dinâmica<sup>8</sup> arraigada no atual conceito da função social da posse e da propriedade. Admitida filtragem constitucional, permite-se a aplicação vertente da teoria sociológica da posse quando diante de tensão entre tais institutos.

Por isso, alguns doutrinadores defendem a posse como direito real e não um estado de fato, sendo possível verificar que o seu caráter jurídico decorre da própria ordem jurídica que confere ao possuidor ações específicas para se defender contra quem quer que o ameace, perturbe ou esbulhe.

Conclui-se, portanto, pela aplicação da teoria sociológica da posse com base no conceito dinâmico que ao tempo se revela necessário, com a finalidade de o jurista adaptar-se às realidades sociais dos novos tempos.

## **2. CONTROVÉRSIAS QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA POSSE**

O estudo da natureza jurídica da posse passa necessariamente sobre as teorias possessórias<sup>9</sup>, o que incentiva a discussão acalorada na doutrina sobre o tema.

Para a teoria subjetiva, a posse tem natureza jurídica dupla, apresentada como situação fática, assim considerada de forma isolada seria um fato, pois a existência independe das normas de direito. Contudo, algumas condições lhes são atribuídos efeitos pessoais, por produzirem consequências jurídicas, como exemplo as ações possessórias e a usucapião. Por essa razão, Savigny<sup>10</sup> admite a posse como fato e direito, nomeando-a como teoria eclética.

---

<sup>8</sup> *ibidem*, p. 221.

<sup>9</sup> MELO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>10</sup> *ibidem*, p. 21.

No mesmo sentido está Clóvis Bevilacqua<sup>11</sup>, que também entende a posse como fato, pois antecede a propriedade, que consiste estado de direito.

Por outro lado, para a teoria objetiva, sob a égide de um conceito de direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, obtém-se definição que identifica a posse como interesse legítimo, refletida sobre o direito de propriedade. Por isso a posse seria a condição econômica do direito de propriedade. O possuidor teria, dessa forma, direito subjetivo à posse de modo a desaguar no direito de propriedade plena, assegurados os meios de se tutelar a posse.

Tratando a posse como direito, Darcy Bessone<sup>12</sup> sustenta que a posse seria direito obrigacional, uma vez que não foi elencada no rol taxativo do art. 1225 do código civil, tampouco há previsão em outra lei específica que admita tese em contrário, o que ofenderia a característica da tipicidade inerente aos direitos reais.

Há quem sustente a posse como direito real. Sobre o tema Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald<sup>13</sup> afirmam que:

Para Ihering, a posse seria de direito subjetivo real, pois contém os seus três elementos estruturais: a) uma coisa como objeto e não uma prestação; b) sujeição direta e imediata do objeto ao seu titular – o possuidor atua imediatamente sobre a coisa, sem necessidade da colaboração de terceiros; c) eficácia *erga omnes* – o possuidor tem a faculdade de exigir de todos da comunidade um dever de abstenção, consistente em respeito à situação fática, permitindo-lhe o exercício dos elementos constitutivos do direito que exterioriza.

Doutrina moderna encabeçada por Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>14</sup> entende se tratar de direito real, pois o seu objeto está caracterizado por uma coisa determinada, o que a distingue da prestação obrigacional.

Portanto, não obstante a controvérsia doutrinária existente, há que se conciliar tais entendimentos com escopo na realidade atual do país e dos grandes centros urbanos, no

---

<sup>11</sup> *ibidem*, p. 21.

<sup>12</sup> *ibidem*, p. 22.

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 34-35.

<sup>14</sup> MELO, *op. cit.*, p. 22.

sentido de dimensionar a posse para além do alcance dos negócios jurídicos que resultam em direitos obrigacionais ou reais, tratando-a como situação fática existencial de apossamento e ocupação da coisa, retratada em sua própria natureza autônoma, para enfim caracterizar a função social da posse.

### **3. O CÓDIGO CIVIL E A EXPROPRIAÇÃO PRIVADA**

A função social da posse está inserida no âmbito da expropriação privada prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil. Na verdade, mesmo sendo exteriorização da propriedade, o que também comprova a sua função social, a posse com ela não se confunde. A posse se caracteriza por alguns dos atributos inerentes à propriedade como a disposição da coisa, o uso e gozo para retirada dos frutos com fins socioeconômicos. Pelo conceito que consta atualmente no Código Civil, pode-se afirmar<sup>15</sup> que todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário, quando se conjugam os arts. 1.196 e 1.228 do código civil.

#### **3.1. A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE**

A função social da posse confronta com uma das principais características do direito de propriedade, qual seja, o caráter absoluto, no que tange à oponibilidade *erga omnes*, bem como no seu uso amplo, irrestrito e ilimitado.

---

<sup>15</sup> FLÁVIO Tartuce. Função Social da Posse e da Propriedade e o Direito Civil Constitucional. Disponível em: <[http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo\\_funcao\\_social\\_da\\_posse\\_e\\_da\\_propriedade\\_tartuce.pdf](http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_funcao_social_da_posse_e_da_propriedade_tartuce.pdf)>. Acesso em 09 maio 2011.

Não há espaços para sustentar o caráter absoluto de qualquer direito, uma vez que a legislação assegura e estabelece limites com escopo no caráter social da norma. O direito é volátil e varia conforme as necessidades de cada período histórico, ou seja, decorre de fenômenos jurídicos que enfraquecem os direitos anteriores na essência, sendo que aquilo que um dia resolveu o conflito de determinada sociedade hoje não mais resolve e por isso não mais se ajusta à ordem social.

A função social não se constitui apenas como um limite do direito de propriedade e sim integra a sua estrutura, ou seja, está agregada no próprio conceito de propriedade, como parte integrante.

O Poder Constituinte Nacional fez inserir no rol dos direitos fundamentais da Constituição federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, XXIII, que a propriedade deverá cumprir sua função social, e ainda determinou como se deve atender a tal mandamento quando, no art. 182, §2º, estabeleceu que a propriedade urbana atenderá a função social quando respeitar o plano diretor municipal, e, no que tange à propriedade rural, determinou para tanto que se devem preencher os requisitos expostos no art. 186.

Desrespeitados tais mandamentos constitucionais, estará a propriedade violando norma constitucional, o que resultará em perda do título justificativo do direito de propriedade, uma vez que a função social surge na busca de uma legitimidade da propriedade privada, e caso se descaracterize, restará inviabilizada a tutela jurídica de domínio, em lugar do interesse social.

Como afirma Marcus Alcino de Azevedo Torres<sup>16</sup>: “Perder a proteção constitucional é, em suma, perder a maior proteção que o sistema pode conferir a alguma instituição ou direito.”

---

<sup>16</sup> TORRES, Marcus Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279.

Não se pode olvidar a garantia do direito à moradia estampado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, como um dos direitos que integra situação existencial de qualquer pessoa. A função social em relação à moradia implica no reconhecimento do direito à vida digna e à liberdade do ser humano, o que independe do caráter patrimonial da propriedade.

Nesse contexto, surge a posse em contraposição ao direito de propriedade, não como uma forma de atribuir direito ao sujeito mas um modo de atuar o direito, ou seja, momentos haverá em que a posse com função social, quando diante de eventual conflito, prevalecerá sobre a propriedade sem função social.

Atento a isso, o legislador civil pátrio, pela primeira vez na história do Brasil, inseriu no artigo 1228, §4º e §5º do Código Civil, o instituto da expropriação privada, chamado por alguns de desapropriação judicial indireta<sup>17</sup>, nomenclatura não tão adequada, pois a desapropriação é instituto do direito público, razão pela qual se prefere à primeira.

Vale a transcrição das referidas normas jurídicas<sup>18</sup> para melhor elucidar o instituto da expropriação privada:

§ 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.

A expropriação privada consiste, portanto, na privação do exercício do direito subjetivo de propriedade pelo proprietário que tem posse desfuncionalizada sobre área extensa, em favor de considerável número de pessoas que exerce posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 05 anos, desde que tenham realizado obras ou serviços de interesse social e econômico relevante a ser considerado pelo magistrado, mediante indenização justa.

---

<sup>17</sup> FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 42.

<sup>18</sup> BRASIL. *Código Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

O legislador instituiu nova modalidade de expropriação por interesse social, em estrito cumprimento ao art. 5º, XXIV da Constituição Federal de 1988, que reserva ao legislador um espaço para delinear seu entendimento do que seja interesse social, mesmo que o beneficiado pelo ato não seja o poder público. Trata-se de instituto inaugurado de acordo com a ordem constitucional, o que não se coaduna com entendimento contrário que sustenta a sua inconstitucionalidade, como se passa a demonstrar.

### **3.2. A AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO INSTITUTO**

O novo instituto da expropriação privada traz a lume a importância da posse qualificada que se sobrepõe ao direito de propriedade, servindo, por um lado, como minimizador das angústias vividas por aqueles que não tem um lar ou ao menos um teto para morar, e por outro lado, estimula o proprietário a exercer a devida função social da propriedade.

Dabus Maluf não admite<sup>19</sup> a expropriação privada no ordenamento jurídico brasileiro face à iminente inconstitucionalidade, pois acarretaria verdadeiro confisco do direito de propriedade, garantido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, além de incentivar a invasão de terras urbanas.

No entanto, tal entendimento não prevalece, já que o Conselho de Justiça Federal<sup>20</sup> selou a controvérsia quando editou, na I Jornada de Direito Civil, o enunciado 82, com a seguinte redação: “82 – Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

---

<sup>19</sup> MALUF, Dabus apud MELO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciados aprovados na I jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 27 março 2011.

Versando no mesmo sentido, o Desembargador Bezerra de Melo<sup>21</sup> fundamenta seu entendimento de que a norma em comento cumpre comando normativo constitucional da função social da propriedade e apenas será aplicada para regularizar ocupações já consolidadas em que os ocupantes tenham dado, repita-se, uma destinação social e econômica relevante.

Portanto, o fato de o Código Civil permitir que a posse qualificada pela função social sobreponha-se ao direito de propriedade não a direciona contra a Constituição Federal; ao contrário, dá eficácia às normas constitucionais constantes nos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), 5º, XXIII (função social) e 6º (moradia), o que demonstra o relevante papel do instituto para os grandes centros urbanos.

#### **4. A RELEVÂNCIA DA EXPROPRIAÇÃO PRIVADA NOS GRANDES CENTROS URBANOS**

A expropriação privada permite que um número considerável de possuidores invoque sua posse qualificada como posse-trabalho, a fim de obstar a pretensão do proprietário, e com isso, verificando o julgador a presença dos elementos apontados no dispositivo supramencionado, poderá privar o proprietário, possuidor indireto, de exercer seu direito de propriedade em favor dos possuidores diretos, em consonância com o princípio da socialidade.

Tais disposições admitem que a posse com características robustecidas sobreponha-se àquela posse indireta do proprietário, em razão de sua ínsita quantificação, que agrega dois

---

<sup>21</sup> MELO, *op. cit.*, p. 94.

aspectos relevantes, como o interesse social e a participação ativa do juiz na entrega da prestação jurisdicional.

Observa-se que o instituto está relacionado a vários conceitos legais indeterminados, eis que o dispositivo não menciona qual seria a extensa área de domínio, ou qual o número de pessoas e, principalmente, quais seriam as obras tidas como de relevante caráter social. A fixação da justa indenização também dependerá do poder discricionário do juiz da causa.

A realidade vivenciada nos grandes centros urbanos é a concentração de pessoas em regiões ou espaços de terra inutilizados pelos proprietários, o que resulta na inefetividade do mandamento constitucional de função social.

#### **4.1. REQUISITOS DA EXPROPRIAÇÃO PRIVADA E DO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO**

Não há como negar que uma das principais causas para a expansão populacional nas metrópoles é o notório êxodo de pessoas do interior para a região central dos estados e municípios grandiosos, em busca de melhores oportunidades, trabalhos e condições de vida.

Isso, em regra, acarreta o acúmulo de famílias aglomeradas em determinada localidade que se dispõem a residir em terras sem dono aparente, ali estabelecendo sua moradia. Ato contínuo é o surgimento dos pequenos comércios, como farmácias, supermercados, padarias, bares, entre outras espécies de estabelecimento.

Atento ao crescimento da população urbana, o legislador determinou que, diante de tais hipóteses, ao magistrado cabe decretar a perda da propriedade em favor dessa “nova” comunidade que surgiu sem qualquer controle estatal. Não raro, tal crescimento desordenado

é acompanhado pelos gestores públicos, pela mídia ou até mesmo a olho nu. No entanto, nada fazem, ao contrário, estimulam a constituição de favelas, tendo em vista o grande número de votos arrecadados quando da realização das eleições.

Não obstante, na sociedade contemporânea, a finalidade natural da propriedade imobiliária é a promoção do seu caráter social, expresso na função social. Note que o proprietário moderno tem uma função a exercer, não basta demonstrar o título comprovador da propriedade para afastar outras pretensões que recaiam sobre ela.

Em contrapartida, quem possui o bem imóvel de forma direta deve extrair serviços que são por ele oferecidos de modo a auferir vantagens e proporcionar maior produtividade em prol da coletividade. Por essa razão, o legislador civil garantiu o direito social de moradia com escopo no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

O fato de o legislador permitir ao magistrado que admita o caráter de direito real da posse em detrimento do direito de propriedade, não acarreta a chamada judicialização das políticas públicas, eis que apenas reconheceu legalmente circunstância hodierna que ocorre no mundo fático dos grandes centros urbanos.

Trata-se, portanto, de direito público subjetivo dos possuidores quando diante da expropriação privada, tendo em vista que o §5º do artigo 1228 do Código Civil determina que uma vez paga ao proprietário a justa indenização, deverá ser lavrado o registro da propriedade mediante carta de sentença expedida para esse fim<sup>22</sup>.

Vale registrar o caso da favela *Pullman*, situada em São Paulo, decidido no Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 75659<sup>23</sup>, que teve grande repercussão local, por retratar a aplicação judicial do instituto aqui exposto. Vale a reprodução da ementa:

---

<sup>22</sup> MELO, *op.cit.*, p.95.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 75659 / SP RECURSO ESPECIAL Relator Ministro Aldir Passarinho Junior Órgão Julgador Quarta Turma Data do Julgamento 21/06/2005. Data Publicação DJ 29/08/2005 p.344. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+75659&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido.

Quanto aos requisitos legais para a aquisição do direito subjetivo à expropriação privada, observa-se que o instituto relaciona-se com vários conceitos legais indeterminados, já que o dispositivo legal não menciona qual seria essa extensa área, qual o número determinado de pessoas e, principalmente, quais seriam as obras tidas como de relevante caráter social. A fixação da justa indenização também dependerá do poder discricionário do juiz que julgar a causa.

Os requisitos expressos literalmente nas normas descritas nos §§ 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil de 2002 são os seguintes: 1) Bem imóvel reivindicado (*res habilis* reivindicada); 2) extensa área; 3) posse ininterrupta e de boa-fé exercida por um número considerável de pessoas; 4) tempo de posse superior a 5 anos; 5) realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; 6) justa indenização a ser paga ao proprietário.

O requisito legal que diz respeito a “imóvel reivindicado” é interpretado pela doutrina<sup>24</sup> de forma ampla, o que permite sua oposição, não só no bojo das ações reivindicatórias, mas também naquelas ações de natureza possessória, face ao elevado grau de interesse público constante na norma referida, agregado à função social da propriedade e da posse.

---

<sup>24</sup> FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 46.

Nesse contexto, o Conselho da Justiça Federal<sup>25</sup> elaborou o enunciado nº 310 na IV jornada de direito civil com o seguinte texto: “Enunciado nº 310: Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1228, §4º), abrangendo as pretensões tanto no juízo petitorio quanto no possessório.”

No entanto, há divergência no que tange à possibilidade de oposição da expropriação privada quando o imóvel for de propriedade pública. Uma primeira corrente capitaneada pelo desembargador Bezerra de Melo<sup>26</sup> sustenta que não há “razão para se excluir da incidência dos parágrafos quarto e quinto do art. 1228 do Código Civil, os imóveis registrados em nome do Poder Público.”. Acrescenta o mencionado autor que não se pode confundir a proibição da usucapião de bens públicos com a expropriação privada, pois as normas excepcionais merecem uma interpretação restritiva.

Por outro lado, contrariamente à referida corrente, foi aprovado o enunciado nº 83 do Conselho da Justiça Federal<sup>27</sup> com o seguinte texto: “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes nos §§ 4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil”.

Os requisitos da posse ininterrupta e da boa-fé consistem naquela em que o possuidor tem a posse de forma contínua e sem oposição de quem quer que seja, desde que não haja conhecimento por parte do interessado de qualquer vício que o impeça a aquisição da coisa, consoante art. 1201, caput e § único do Código Civil.

O critério temporal que prevê o tempo de posse acima de 05 anos é requisito objetivo, ou seja, basta a comprovação por qualquer meio idôneo de prova de que a ocupação se deu por um período superior a 05 anos e restará preenchido tal requisito.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciados aprovados na IV jornada de direito civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2011.

<sup>26</sup> MELO, *op. cit.* p.95.

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciados aprovados na I jornada de direito civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2011.

Quanto aos requisitos de extensa área, da realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, e da justa indenização a ser paga ao proprietário, trata-se de conceitos jurídicos indeterminados a serem valorados pelo magistrado no curso do processo judicial, de acordo com o caso concreto.

Portanto, pelo fato de não haver critério legal definido poderá o julgador decidir a causa de modo a adequar a liberalidade legislativa ao caso concreto objeto da lide.

#### **4.2 - INDENIZAÇÃO DO POSSUIDOR COM BAIXA RENDA**

O art. 1228, §5º do CC/02, dispõe que a justa indenização será paga ao proprietário. Indaga-se, pois, quem pagará e como se dará tal pagamento. São os próprios possuidores ou o poder público?

É sabido que, via de regra, esses possuidores não detem condições econômicas suficientes sequer para arcar com suas despesas básicas de alimentação, vestuário, moradia, saúde, entre outras, quiçá para promover o pagamento de eventual indenização ao proprietário do imóvel expropriado.

Tal circunstância acarreta a inviabilidade do cumprimento do dever de indenizar, pois, na maioria dos casos, trata-se de pessoas de baixo nível econômico, fato que poderia conduzir desproporcionalidade na expropriação, pois ensejaria verdadeira “pena” ao proprietário que descuidou do uso da terra, em descumprimento com a função social da propriedade usucapida.

Parte da doutrina entende que caberia ao poder público arcar com esse ônus, tendo em vista a natureza do poder expropriatório ser privativa do Estado, ou seja, cabe a ele intervir na propriedade privada sob a égide do *ius imperii*. Assim sustentam Cristiano Chaves e Nélon Rosenthal<sup>28</sup>:

Por fim, nada mais natural que o Estado figure simultaneamente na condição de órgão expropriante e pagador, pois o modelo da desapropriação – em qualquer de suas formas – é a ele privativamente reservado. A desapropriação não é realizada pelos possuidores, mas pelo Poder Judiciário, órgão integrante do Estado. Deverá o magistrado convocar o poder público ao processo como litisconsorte necessário, para regularizar a legitimação processual, manifestando-se o representante do poder público no que for necessário, sobremaneira no que concerne a extensão do pagamento. A indenização será paga pelo município (imóveis urbanos, art. 30, VIII, CRFB/88) ou pela União (imóveis rurais).”

Acrescentam os ilustres doutrinadores que, caso a ocupação se desse por coletividade de pessoas com condições econômicas precárias, e fosse responsabilizada pelo pagamento, a lei criaria uma espécie de usucapião coletiva onerosa, e, conseqüentemente, surgiriam dúvidas sobre a capacidade financeira e a vontade dos possuidores em arcar com os altos custos indenizatórios ao proprietário. No entanto, caso os possuidores fossem de classe média, a indenização poderia ser cobrada e efetivamente paga.

Outra posição sustenta que é inviável o poder público arcar com a indenização, já que não seria justo atribuir ao Estado, e via transversa a toda a coletividade, o dever de pagar um valor que beneficiará a poucos.

No Estado de Democrático de Direito, marcado pela Constituição da república elaborada pelo povo, e pautado pelas teses oriundas do novo constitucionalismo, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio da elaboração de políticas públicas gestadas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas essas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente constante no art. 183 da CRFB/88.

---

<sup>28</sup> FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 46.

Nesse contexto, as políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Independentemente de eventuais discussões de qual Poder possui tais atribuições, se no Poder Legislativo que discute e aprova leis federais, planos e os orçamentos necessários ao seu efetivo implemento, ou no Poder Executivo, impende concluir que as políticas públicas são atividades precipuamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública.

Note que isso não imputa ao Estado um ônus de agir como um segurador universal que deve solucionar todos os problemas da sociedade, pois é dever estatal efetivar políticas públicas, como o empenho de verbas que garantam moradia àqueles que não gozam desse privilégio. Mesmo fundamento poder-se-ia utilizar aqui, para que o ônus do pagamento da justa indenização na expropriação privada, quando diante de coletividade de pessoas de baixa renda, recaia sobre o Poder Público.

Entende-se<sup>29</sup> que a ausência de pagamento da indenização não será óbice para o registro do título aquisitivo da propriedade, porque não se pode condicionar o registro da sentença declaratória à prévia quitação do valor do dano, pois garantido tal direito ao proprietário do imóvel através do título executivo judicial, que poderá utilizá-lo dentro dos prazos previstos em lei, para a cobrança forçada judicial.

Ainda, é de se ressaltar que a fixação de indenização não desnatura o instituto da usucapião, já que, a finalidade do legislador foi justamente outorgar o direito aquisitivo à propriedade, independentemente de pagamento ou não da verba indenizatória.

---

<sup>29</sup> *ibidem*, p. 46

No que se refere ao modo de declaração desse direito, poderá ser efetuado através de ação de usucapião, pelo rito ordinário, porquanto não há previsão legal específica, ou através de declaração através de pedido contraposto em ação reivindicatória proposta pelo proprietário do imóvel<sup>30</sup>.

Por oportuno, registre-se que na petição inicial deverão constar todos os condôminos ou a associação de moradores que os represente, com a individualização de cada um dos lotes, ou a sua fração ideal, e os respectivos possuidores, a fim de que a declaração aquisitiva se refira a cada um dos senhores possuídos e sua respectiva cota-parte.

Finalmente, no que tange ao registro da sentença na ação reivindicatória que confere a transferência de propriedade para os possuidores, há orientação apresentada pelo CJF, através do enunciado 83<sup>31</sup>, no sentido de condicionar tal registro ao pagamento da indenização, o que se poderia questionar, pois possuidores de baixa renda restariam impossibilitados de exercer direito próprio em razão da inércia de *outrem*, o que ofenderia o direito fundamental da propriedade.

## CONCLUSÃO

As fragilidades dos sistemas habitacionais acarretam problema recorrente no Brasil há longas décadas. Com o advento da Constituição da República de 1988 houve sincera contribuição para que se rompesse com o absolutismo do direito de propriedade, originário da codificação civil francesa, já que se procurou adequá-la com a visão de um Estado Social em

---

<sup>30</sup> *ibidem*, p. 47

<sup>31</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciados aprovados na I jornada de direito civil. Disponível em: <[http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/I\\_Jornada.pdf](http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/I_Jornada.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2011.

que mais pessoas tivessem acesso não só ao desenvolvimento sócio-econômico, mas principalmente aos benefícios dele advindos.

As questões possessórias ainda causam discussões de grande monta em diversas regiões do país, tendo em vista a legião de pessoas que se submetem a um estado desumano, sem condições mínimas de uma moradia digna, o que impõe ao legislador e ao jurista novo olhar sobre o instituto da posse e da propriedade, tendo em vista sobretudo as suas funções sociais.

A expropriação privada foi posta de modo primitivo no Código Civil de 2002, no entanto o “novo” instituto não deve ser entendido como absolutamente inédito, e sim deve ser visto como algo ínsito na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, porém sem que fosse trabalhado ou efetivado.

Demonstrou-se a expropriação privada em confronto com a propriedade, cujo objetivo foi de contribuir para melhor entender que a função social da posse não deve ser tratada como mera decorrência da função social da propriedade, e sim como um processo argumentativo, de modo a extrair-se daí a funcionalidade possessória do preceito constitucional que regula o caráter funcional da propriedade.

O fato de o Código Civil permitir que a posse qualificada pela função social se sobreponha ao direito de propriedade não a direciona contra a Constituição Federal, ao contrário, dá eficácia às normas constitucionais constantes nos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), 5º, XXIII (função social) e 6º (moradia), todos da CRFB/88, o que demonstra o relevante papel do instituto para os grandes centros urbanos.

Por se tratar de direito público subjetivo, o preenchimento dos requisitos legais permite aos possuidores promoverem a defesa da posse quando diante de ações possessórias ou reivindicatórias, e, ao final, reconhecido tal direito, será a sentença levada a registro no órgão com a devida atribuição para a aquisição da propriedade.

Em relação ao possuidor de baixa renda, com o escopo de não ofuscar o proprietário do recebimento da justa indenização, a melhor orientação é aquela que sustenta que o pagamento deverá ser feito pelo Poder Público que detém o *ius imperii* para promover a desapropriação, como forma mais drástica de intervenção estatal na propriedade privada.

Não se trata de mais um ônus imposto ao Poder Público estatal com a finalidade de transformá-lo em um segurador universal da sociedade, ou seja, aquele que resolve todos os problemas de qualquer natureza, e sim cabe a ele o dever de desenvolver suas próprias atribuições constitucionais, consistente em promover políticas públicas.

Por fim, apesar das inovações trazidas, o instituto precisa de regulamentação, em razão dos muitos pontos obscuros, e melhor seria que, por meio de elaboração de lei específica, se fosse adotada uma forma de usucapião coletivo, semelhante àquela prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10257/01), sem referência alguma ao pagamento de indenização, desde que os requisitos gerais fossem devidamente observados.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. *Código civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. (Enunciados aprovados na I jornada de direito civil.) Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. (Enunciados aprovados na IV jornada de direito civil.) Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso Completo de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSENVALD, Cristiano; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 75659 / SP RECURSO ESPECIAL – Relator Ministro Aldir Passarinho Junior Órgão Julgador Quarta Turma Data do Julgamento 21/06/2005. Data da Publicação DJ 29/08/2005 p.344) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+75659&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 abr. de 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. V.4. São Paulo: Método, 2010.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade da Posse um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.