



## A FUNÇÃO SOCIAL E A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

Rodrigo Cardoso Freitas (\*)

Fecha de publicación: 01/07/2013

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito das coisas e a propriedade. 3. A função social e o direito de propriedade. 4. A função social e o direito possessório. 4.1 As teorias possessórias e a propriedade. 4.2 A funcionalização da posse. 5. A desapropriação judicial como expressão da função social da propriedade e da posse. 5.1 Natureza jurídica e compatibilidade constitucional. 5.2 Requisitos para tipificação. 5.3 Função social na desapropriação judicial privada. 6. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter tratado da função social da propriedade como um direito fundamental e um princípio geral da atividade econômica (artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III), dando início, de forma *efetiva e concreta*, a uma nova concepção sobre o direito de propriedade e de posse<sup>1</sup>, por meio da regulamentação e criação de instrumentos coercitivos para o cumprimento da função social da propriedade urbana e rural (artigos 182, 184 e 186), foi a sua inserção expressa no novo Código Civil (artigos 1.228, parágrafo 1º, e 2.035, parágrafo único) que, de fato, propalou a sua utilização em todo o ordenamento civil, ampliando significativamente a sua órbita de atuação,

---

(\*) Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.  
Doutorando pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.  
[rflafreitas@hotmail.com](mailto:rflafreitas@hotmail.com)

<sup>1</sup> A afirmação de que a Constituição Federal de 1988 deu início, de forma concreta e efetiva, a uma nova concepção sobre os direitos decorre do fato de que, mesmo havendo previsão do princípio da função social da propriedade em Constituições anteriores (1934, 1946 e 1967), tal previsão não consignava os meios de coação para o cumprimento da função social, muito menos a possibilidade de ser imposto ao proprietário um agir, como ocorre, atualmente, no inciso I, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição (parcelamento ou edificação compulsórios).

de forma a ultrapassar eventuais *limites* jurídicos relacionados às políticas urbanística ou fundiária<sup>2</sup>, e atingir os principais institutos não só do direito das coisas, mas também do direito de empresa, das obrigações, de família e das sucessões.

Especificamente no direito das coisas, a implementação da função social da propriedade na Constituição Federal e no novo Código Civil repercutiu incisivamente no direito possessório, cujas principais teorias explicativas são lastreadas na propriedade, fazendo também surgir uma funcionalização da posse, capaz de criar uma nova qualificação (social) que, de certa forma, vem recebendo uma maior atenção da doutrina e da jurisprudência, ao menos para a solução de conflitos atuais envolvendo o direito de propriedade.

Um dos exemplos mais significativos do prestígio deferido à posse qualificada com a finalidade social é a chamada desapropriação judicial, criada pelo novo Código Civil por meio dos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228. Trata-se de um instituto jurídico que, diante da ausência de paradigmas no ordenamento civil, vem gerando ampla discussão, especialmente por ser uma hipótese em que ocorre uma peculiar intervenção do Poder Público na propriedade privada, capaz de promover a transferência forçada da propriedade do seu titular para possuidores, viabilizada, de forma especial e determinante, a partir do exercício da posse qualificada antes referida<sup>3</sup>, movida justamente pela função social que foi implantada a partir da funcionalização da própria propriedade.

A discussão sobre a função social e o instituto criado pelos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, é oportuna, pois permitirá uma melhor

---

<sup>2</sup> O significado do princípio da função social da propriedade para fins urbanísticos está relacionado, de forma mais expressiva, à aplicação de política urbana voltada para o ordenamento e pleno desenvolvimento das “funções sociais da cidade”, mediante diretrizes gerais que garantam, dentre outras coisas, o direito a cidades sustentáveis, assim entendido como sendo o direito à terra, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (artigo 2º, inciso I, da Lei nº 10.257/01). A aplicação da função social da propriedade urbana, entretanto, depende, ao menos de certa forma, da existência de lei disciplinando o assunto (Estatuto da Cidade, somente editado em 2001) e do Plano Diretor Urbano (PDU – obrigatório apenas para as cidades com mais de vinte mil habitantes), nos termos do artigo 182, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal. A ausência da lei geral ou do PDU, por exemplo, pode significar óbice ou limite à aplicação do princípio, o que não ocorre se a conotação dada à função for geral e não apenas para fins urbanísticos.

<sup>3</sup> Referida qualificação não está relacionada ao elemento subjetivo da posse (*animus domini*), mas sim, ao elemento objetivo, espelhando um *corpus* que cumpre uma finalidade social, e não um *corpus* que represente uma finalidade individual ou egoísta. A qualificação aqui referida, assim, não é semelhante à qualificação exigida para a usucapião, ancorada em um ânimo de dono (*animus domini*). Trata-se de uma qualificação decorrente do modo de agir do possuidor, sob o aspecto objetivo, representando o cumprimento de uma finalidade social da posse.

compreensão sobre as características, a legalidade, a constitucionalidade e a aplicabilidade da nova espécie de intervenção pública na propriedade privada, evitando que sejam extrapolados os limites de sua atuação, além de facilitar o discernimento do operador do direito quanto ao seu significado para a realização da função social da posse e da propriedade.

## 2. O DIREITO DAS COISAS E A PROPRIEDADE

Conforme salienta Francisco de Paula Lacerda de Almeida, o Direito das Coisas é a parte do direito “*mais refratária à transformação e ao progresso, a mais acentuadamente histórica*”<sup>4</sup>, que se manteve por mais longo tempo fiel à tradição romana e aos princípios individualistas que traçaram a história da humanidade, notadamente por ter como principal instituto a propriedade, direito tido como sagrado e absoluto, cujo regime jurídico se assemelha ao da própria liberdade do ser humano<sup>5-6</sup>, sendo comum na doutrina, por tal razão, a sua definição como sendo uma projeção da personalidade humana sobre as coisas.<sup>7</sup>

Tal ramo do Direito Civil Brasileiro, todavia, apesar de suas peculiaridades, não foi imune à alteração da realidade social, sendo visíveis as modificações inseridas a partir da preponderância do interesse público sobre o particular, propaladas posteriormente em razão do progresso dos direitos sociais, que culminaram com o declínio da concepção egoística e individualista então vigente.<sup>8</sup> Houve nítida alteração de todo o modelo

---

<sup>4</sup>Direito das Coisas. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos - Livreiro - Editor. 1908. v. 1, p. 8.

<sup>5</sup>Segundo Arruda Alvim, “a propriedade colocava-se como condição da liberdade e o clima de liberdade, ou de absoluta liberdade, tal como era ela afirmada, significava – ao menos no plano da pregação ideológica do liberalismo –, a melhor forma de o homem atingir, até mesmo, a própria felicidade”. E destaca: “À luz destes referenciais pode-se, por isso, enxergar-se em tal noção de propriedade, também, uma significação social do direito de propriedade, ainda que centrada no indivíduo, pois, em escala historicamente e apreciavelmente reconhecida, serviu para garantir-lhe o direito à liberdade” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas - coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, p. 53 – no prelo)

<sup>6</sup>Sobre o regime jurídico da liberdade e da propriedade, vale conferir o disposto no artigo 5º, *caput* e inciso LIV, da nossa Constituição Federal em vigor: 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: (...) LIV - ninguém será privado da *liberdade* ou de seus *bens* sem o devido processo legal; (...) (original sem destaques)

<sup>7</sup>Neste sentido: Eduardo Espínola, *in* Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais, Bookseller, 1ª edição, 2002, p. 154; Darcy Bessone, *in* Direitos Reais, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1996, ps.4/22; e Marcos Alcino de Azevedo Torres, *in* A Propriedade e a Posse, Um Confronto em torno da Função Social, Ed. Lumen Juris, 2007, p. 129.

<sup>8</sup>Consta da exposição de motivos no novo Código Civil, apresentada tanto pelo então Ministro da Justiça Armando Falcão, quanto pelo supervisor da comissão revisora e elaboradora da referida lei, Miguel Reale, que a nova Lei Civil possui, como diretrizes básicas para a sua edição, dentre outras, i) a necessidade de atualização do ordenamento civil então vigente, “não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas

civilista adotado pelo ordenamento brasileiro, imposta pela nova concepção constitucional de direitos sociais, que, inclusive, no tocante à propriedade, estão atualmente disciplinados de forma capaz de viabilizar a sua implantação eficaz, jamais vista antes no Direito Brasileiro.

A visão de propriedade existente sob a égide do Código Civil de 1916, apesar da legislação superveniente<sup>9</sup>, era definida segundo os poderes atribuídos pela lei ao seu titular (art. 524), conhecidos como sendo o de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa (respectivamente, *ius utendi, fruendi, disponendi* e *vindicante*), compreendendo, ainda, o de abusar (*ius abutendi*), resguardados apenas os limites impostos em favor de interesse público, mesmo assim, em sentido negativo (abstenção), não sendo concebível, até a promulgação da Constituição de 1988, a imposição coercitiva de obrigações positivas (fazer) para o caso de o proprietário, por exemplo, não usar ou não fruir da coisa.<sup>10</sup> Trata-se de uma visão egoísta e individualista do direito de propriedade, admitida em vários momentos do direito, fruto da sociedade existente no século XIX e de aspectos econômicos, políticos e sociais que marcaram toda uma fase histórica,

---

também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada”, como no que se refere à “organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões”; ii) a reclamação então existente almejando a reforma da lei civil, em “decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social”; iii) a superação do individualismo exacerbado que condicionou as fontes inspiradoras do código anterior, bem como o reconhecimento de que o Direito “é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação...”; iv) a necessidade de se dar ao Código um sentido mais operacional que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento; v) o objetivo de se assegurar ao novo Código o sentido de “socialidade” e “concreção”, princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra progrida, em razão da reclamada perda de valores particulares e de abstração, bem como do indispensável balanceamento e dinamismo entre o individual ou o concreto como o serial ou o coletivo, numa unidade superior ao sentido ético; e vi) o fato de que “a atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna”, sendo que “o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea” (Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, ps. 22, 24, 25, 26, 28, 29, 35 e 51).

<sup>9</sup>Código de Minas, Código de Águas, Código de Mineração, Constituição de 1946, 1967 e EC nº1 de 1969, dentre outras.

<sup>10</sup>Prevê a Constituição de 1988, em seu artigo 182, parágrafo 4º, inciso I, a possibilidade de imposição, pelo Poder Público Municipal, do parcelamento ou a edificação compulsórios, em caso de não cumprimento da função social da propriedade urbana.

influenciada pela compreensão da propriedade em seu sentido extremado<sup>11</sup>, em que o seu titular não pode ser obrigado a fazer o que não quer, mas apenas, ser obrigado a se abster ou, caso queira voluntariamente fazer algo com o seu bem, a fazer de forma determinada.<sup>12</sup>

Tal visão, contudo, sofreu substancial alteração com a sedimentação e implementação da funcionalização do direito de propriedade, fruto também da superação de um Estado Liberal e o surgimento do chamado Estado Social.<sup>13-14</sup>

---

<sup>11</sup>A doutrina faz referência, inclusive, à consideração de que o direito de propriedade abrange, fisicamente, o que está acima ou abaixo do solo (*ius ad sidera et ad inferos*), apesar de o Código Civil de 1916 (e a legislação superveniente) ter traçado um limite relacionado à utilidade do exercício do direito. Neste sentido, vide Darcy Bessone, *in* Direitos Reais, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996, ps. 110/112 e 130/133.

<sup>12</sup>Alcides Rosa já destacava desde as primeiras décadas de vigência do Código Civil de 1916 que o direito de propriedade não deve ser considerado absoluto, no sentido mais exato da palavra. Destaca o autor que, desde o Direito Romano, “o *jus abutendi* – o direito de dispor da coisa, alienando-a, destruindo, abandonando, ou por qualquer outro processo – sofria já as suas restrições, isso porque a propriedade desempenhou sempre papel importante na satisfação das necessidades coletivas. A sua conservação e a sua defesa aproveitam não somente ao seu atual detentor, mas aos seus sucessores, podendo beneficiar sucessivas gerações, levando-se ainda em conta a sua importante função como fator de produção de riqueza. Os revolucionários de 89 tiveram um noção muito exagerada do direito de propriedade, encarando-a, quase com obsessão mesmo, sob o ponto de vista jurídico, sem nenhuma consideração pelo seu papel social”. Citando Leon Duguit, destaca Alcides Rosa que “a concepção da propriedade, então formada pelos autores da Declaração dos Direitos do Homem e do Código Civil, não corresponde certamente mais ao estado atual do direito. Incontestavelmente, a propriedade não é mais hoje o direito de dispor das coisas pela maneira mais absoluta, direito implicando para o proprietário o poder de usar, de gozar e de dispor da coisa e ao mesmo tempo o poder de não usá-la, de não gozá-la, de não dispor da coisa e, por consequência, de deixar suas terras sem cultura, seus terrenos sem construção, suas casas sem locação, suas fábricas paralisadas. Hoje, a propriedade cessa de ser o direito subjetivo do indivíduo, e tende a tornar-se função social do detentor de capitais mobiliários. A propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social” (Noções de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Aurora, 1947, p. 100).

<sup>13</sup>Francisco Cardozo Oliveira expõe que a ideologia individualista, defendida pelo liberalismo econômico, tornou possível a configuração do capitalismo, marcado pela autonomia privada e da vontade do indivíduo. Destaca o autor que “o ideário do liberalismo econômico pretende que a economia, regulada pelo princípio do individualismo, adquira racionalidade específica que, de um lado, garanta a produção de bens e a acumulação privada de riqueza e, de outro, possa manter a esfera privada a salvo da ingerência do Estado e da política, cujo papel, no caso do Estado, se restringe ao de guardião da liberdade e da iniciativa individuais”. Contudo, consigna que, “desde o final do século XIX, o individualismo exacerbado defendido pelo liberalismo econômico passou a ser combatido porque a prática liberal, à proporção que provocava a acumulação individual de riqueza, aumentava os índices de pobreza e agravava os problemas sociais decorrentes do ônus do desenvolvimento industrial. (...) A idéia de Estado Social, que se generalizou no século XX, tentou responder aos desafios decorrentes dos problemas sociais provocados pela prática liberal...”, substituindo “...a premissa liberal que impunha ao Estado o dever de resguardar tão-somente a liberdade individual e zelar pelo funcionamento do mercado pela noção de Estado regulador da atividade econômica, que tem papel ativo na esfera do interesse público”. E finaliza o autor: “A tarefa atribuída ao Estado de regular a economia e de atuar na solução dos problemas sociais produz efeitos diretos na esfera do direito de

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO DA PROPRIEDADE

Destaca Arruda Alvim que “talvez a maior dificuldade a ser superada em torno da exata compreensão da função social – verdadeira premissa para o seu estudo – é a vagueza da própria expressão *função social*”. E diz que, para uma solução parcial do problema, ao menos no que se refere ao ordenamento positivo brasileiro, “devem ser levadas em conta (na aplicação do princípio da função social, seja pelo Estado-juiz, seja pelo legislador, este último na condição de destinatário principal do vetor, que deverá com a legislação ordinária dar consecução ao mandamento constitucional) algumas balizas fornecidas pela própria Constituição Federal, quais sejam, seus arts. 182, 184 e 186”.<sup>15</sup>

Verdadeiramente, mesmo existindo em Constituições anteriores a previsão do princípio da função social da propriedade<sup>16</sup>, influenciada

---

propriedade, com a ampliação de limitações legais ao exercício dos poderes dos proprietários” (Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006, ps. 121/124).

<sup>14</sup>Comenta Arruda Alvim, sobre as razões do liberalismo, que “os ideais de liberdade e propriedade eram as âncoras do indivíduo e do cidadão burguês, que desde o século XII produzia riquezas e não encontrava lugar ao sol, convivendo com a insegurança jurídica e sem acesso ao poder político. Veio a ser aceito, tal como um ‘axioma’ mesmo, que o direito de propriedade era o patamar sobre o qual erigir-se-ia a liberdade”. Assim, destaca o autor a importância do liberalismo para a sua época, pois afirmava que “a não intervenção do Estado era o ambiente a conduzir à igualdade e à própria felicidade”, advertindo o autor que “é difícil ‘ler’ e ‘entender’ uma época com os olhos de outra” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 364-365).

<sup>15</sup>Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 355-356.

<sup>16</sup>A Constituição de 1824 prescrevia, em seu artigo 179, apenas, que “é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude, ressalvada a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social”, tal como a de 1891, que, em seu artigo 72, consignava que “é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude, ressalvada a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social. Admite limitações à exploração das minas, cuja propriedade pertencia ao dono do solo”. Semelhante redação constou das Constituições de 1934 e 1937: CF/34, artigo 113, nº 17 – “É garantido o direito de propriedade, mas que não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”; e CF/37, artigo 122, nº 14 – “É garantido o direito de propriedade, cabendo à lei definir seu conteúdo e seus limites. Admite, excepcionalmente, a intervenção estatal na propriedade”. Contudo, o princípio da função social da propriedade pode ser extraído da Constituição Federal de 1946, diante da análise dos seguintes dispositivos: artigo 141, § 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. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestinal, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização”; artigo 147 – “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”. Foi a Constituição de 1967, entretanto, após a Emenda Constitucional outorgada em 1969, que consignou o princípio em dispositivo relacionado à ordem econômica, expondo em seu artigo 160, que “a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade”. O artigo 153, § 22, da Carta de 1967 também prescrevia que “é

primordialmente pelas Constituições do México<sup>17</sup> e de Weimar<sup>18</sup>, tal princípio ainda não era disciplinado de forma a permitir sua total compreensão e implementação, muito menos servir de base para uma nova concepção de direitos relacionados ao da propriedade. Somente a partir das disposições contidas nos artigos 5º, XXIII, 170, III, 182, §§ 1º e 2º, 184 e 186 da Constituição de 1988, é que, pelo menos concretamente, foi possível rever o conceito civilista de propriedade, servindo, ainda, de base jurídica (e balizas) para a implantação definitiva e contundente da função social como um princípio que deve dirigir o atual Código Civil.

Em razão das diretrizes traçadas pela Constituição Federal, é possível concluir que não vigora mais a concepção anterior que amparava o direito de abusar da propriedade ou de que tal direito pode ser imune à determinação legal capaz de colocar a vontade do titular em um segundo plano, sendo atualmente admitida a imposição de uma obrigação positiva de comportamento segundo a vontade de determinado grupo social. Em outras palavras, o proprietário pode ser obrigado a fazer algo que não deseja, e não apenas ser obrigado a fazer de forma certa e determinada, caso assim o desejar. É o que ocorre na hipótese do § 4º, inciso I, do artigo 182, da Constituição Federal, quando prevê a imposição, pelo Município, do parcelamento ou edificação compulsórios na propriedade urbana, caso o proprietário não cumpra a função social estabelecida no Plano Diretor Urbano (artigo 182, *caput* e parágrafo 1º).

Mesmo estando em vigor o princípio constitucional da propriedade privada (art. 170, II, da CF), que define esta espécie de propriedade como sendo a regra no nosso ordenamento, foi expressamente implantada a finalidade social da propriedade como princípio capaz de rechaçar o individualismo até então vigente e implementar a socialidade do direito, que ainda deve servir ao seu titular, mas de forma a também atender aos anseios sociais,

---

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. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestinal, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização”.

<sup>17</sup> Constituição de 1917, artigo 27, 3ª alínea.

<sup>18</sup> Consigna Arruda Alvim, a Constituição Federal Brasileira de 1934 (art. 113, número 17) sofreu a “influência da Constituição de Weimar (1919), que, em seu art. 153, dispunha: ‘A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e seus limites resultam da lei’”. Segundo Arruda Alvim, “esta Constituição de Weimar, na parte final do seu art. 153, dispôs: ‘Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste’ – (‘A propriedade obriga. Sua utilização deve igualmente servir ao bem comum’), texto este que inspirou a atual Constituição alemã, que, no seu art. 14, inc. 2, dispõe: ‘(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen’. Ou seja, ‘A Propriedade obriga. A sua utilização deve servir igualmente ao bem de todos da sociedade’ ” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., p. 362).

sendo crescente a compreensão de que a propriedade privada constitucionalmente garantida é aquela que cumpre a sua função social.<sup>19-20</sup>

Assim, existe uma nova visão de propriedade decorrente justamente das referidas balizas constitucionais de aplicação do princípio da função social, visão esta ratificada pelas as disposições contidas nos parágrafos primeiro, do artigo 1.228, e único, do artigo 2.035, do Código Civil, que prescrevem, respectivamente, que “*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*”, e que “*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*” .

#### **4. A FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO POSSESSÓRIO**

Diante do contexto relativo à evolução do direito de propriedade, torna-se oportuna e necessária a releitura do direito possessório segundo a sua mais recente perspectiva, especialmente por ser inevitável o surgimento de questionamentos práticos e jurídicos decorrentes não somente da ligação umbilical com o direito de propriedade, mas por ser a posse o verdadeiro instrumento para o cumprimento da função social da propriedade. Por este motivo, a atual situação possessória, sob o prisma da “função social”, merece atenção detida e cuidadosa, pois, embora já tenha sido objeto de estudos amplos e sistemáticos, ainda não existem parâmetros seguros quanto aos aspectos pragmáticos, principalmente pela falta de norma regulamentando o cumprimento da sua finalidade social.

---

<sup>19</sup>José Diniz de Moraes consigna que, “embora a idéia sobre a existência de uma função social da propriedade não seja nova, nem a sua inclusão uma novidade no direito constitucional, seu estudo engendra cogitações mais profundas e um trato mais técnico, em decorrência do novo rumo tomado pelo Constitucionalismo moderno. É assim, assegurado o direito de propriedade - não qualquer propriedade, mas apenas aquela que cumpre a sua função social. Quase pacífica é a idéia que a garantia da propriedade está condicionada ao atendimento da sua função social” (A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999, p11). No mesmo sentido, afirma Nelson Rosenvald que “a propriedade constitucionalmente tutelada é apenas aquela que revela adimplemento de sua função social (art. 5º, XXIII)” (Direitos Reais, 3ª edição. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2004, p.17).

<sup>20</sup> Salienta Arruda Alvim que, “na transformação operada no *direito de propriedade*, que de um perfil liberal veio a assumir o valor da sua *função social*, nos dias correntes, francamente aceito e praticado pelos ordenamentos jurídicos (...), devemos acentuar a inexistência de contradição (apesar de muitos assim entenderem), entre considerar-se a propriedade um direito subjetivo, mas informado pela função social”, passando a ser um direito subjetivo ao qual se atrelaram deveres (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., p. 51).



Não pairam mais dúvidas de que a posse - tal como a propriedade, o contrato, a empresa, dentre outros institutos de direito civil - sofreu alteração substancial pelo novo Código Civil, não no seu conceito definido nos artigos 485, do Código de 1916, e 1.196, do atual Código, mas sim, na sua finalidade, sendo que a omissão na aplicação do princípio pelos operadores do direito representará atraso significativo dentro do contexto vivido e a perda de grande oportunidade de solução de conflitos sociais.

#### 4.1 As teorias possessórias e a propriedade

Para facilitar o discernimento da finalidade social da posse, é oportuna uma breve referência às duas principais teorias da posse, que orientaram a maioria dos diplomas civis em vigor na atualidade, conhecidas como Subjetiva e Objetiva, de Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering, respectivamente.

Não obstante a discórdia na doutrina acerca da exata definição de posse, existe consenso no que se refere à existência de dois elementos fundamentais para a sua tipificação, a partir dos quais o conceito pode ser proposto, quais sejam, um elemento subjetivo (*animus*) e outro objetivo (*corpus*).<sup>21-22</sup> A divergência, contudo, surge novamente na definição desses elementos, especialmente entre Savigny e Ihering.

Segundo a teoria Subjetiva, a posse é a conjugação de *corpus*, que consubstancia a possibilidade de apreensão física da coisa e de proteção contra a ingerência de terceiros, e *animus* qualificado, que deve demonstrar a vontade de querer ser dono da coisa, negando tal direito a outrem (*animus domini*). Assim, não basta para a definição de posse a existência de contato com a coisa ou sua utilização em nome de terceiros, hipóteses em que restará tipificada apenas a detenção<sup>23</sup>. Segundo sua teoria, somente haverá

---

<sup>21</sup> Segundo Álvaro M. R. Bourguignon, “o ponto de confluência das teorias que procuram desvendar a natureza da posse, efeitos e fundamento de proteção, indica a indispensabilidade de dois elementos fundamentais à sua existência, designados respectivamente por *corpus* e *animus*. A concordância - ainda hoje a doutrina os elege ao posto de requisitos indisputáveis à configuração da posse -, via de regra, estaca nesse ponto, havendo quase que total desacordo sobre como cada um desses elementos se caracteriza” (Embargos de retenção por benfeitorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, ps. 51 e 52 - Coleção estudos de direito de processo Eurico Tullio Liebman, v. 40, p. 53).

<sup>22</sup> Conforme Tito Fulgêncio, das noções da posse segundo as correntes doutrinárias, resultam um ponto de acordo e um de dissídio: o primeiro é que “a posse compõe-se de dois elementos, um material, outro moral, um corpo e uma deliberação da mente”; o segundo é “a caracterização desses elementos, guardando cada qual as suas vistas próprias” (Da Posse e das Ações Possessórias. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.8).

<sup>23</sup> Orlando Gomes expõe que, como existiam algumas hipóteses em que o direito romano previa a proteção possessória para pessoas desprovidas de *animus domini*, como é o caso do credor pignoratício, o precarista e o depositário de coisa litigiosa, Savigny reconheceu uma terceira categoria a que denominou *posse derivada* (Direitos Reais. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32).

posse se existir a intenção de ter a coisa em seu poder como dono (*animus domini*), independentemente de pensar ou não ser o proprietário (*opinio domini*). Savigny concebe a sua teoria a partir do elemento subjetivo, que, em seu ver, define a posse, justificando que o direito possessório tem por finalidade a proteção da propriedade, tanto que o *animus* que importa é o de proprietário.<sup>24</sup>

Já Ihering, apesar de também reconhecer a existência dos dois elementos, segue premissas distintas para a definição de *corpus* e *animus*, consignando que o primeiro não é o contrato físico e imediato sobre a coisa, mas sim, segundo um fator econômico, a possibilidade de utilização normal das coisas, ou seja, o uso conforme os propósitos pelos quais a coisa existe (*affectio tenendi*), partindo-se da afirmação de que a utilização normal é aquela que o proprietário dá à coisa, segundo um padrão mediano de comportamento esperado.<sup>25</sup> O elemento subjetivo também existe, mas não como sendo a vontade de querer ser dono da coisa, e sim, como ânimo que move sua utilização normal, notadamente porque a intenção está, como regra, implícita no agir, independentemente de se ter que perquirir sobre características da intenção. Segundo Ihering, o *corpus* é movido pelo *animus*, que lhe está implícito.<sup>26</sup> Como visto, Ihering propõe a sua teoria a

---

<sup>24</sup> Segundo Savigny, as “definições da posse, por mais divergentes que sejam sob o ponto de vista da forma ou do fundo, encerram, entretanto, todas elas uma idéia geral que lhe serve de base e que deve ser o ponto de partida de todas as investigações sobre esta matéria. Admitem que não se está na posse de uma coisa senão quando se tem a possibilidade, não somente de dispor dela fisicamente, como ainda de defendê-la de toda ação estranha”. “Mas, para ser considerada como posse, toda detenção deve ser intencional, isto é, para ser possuidor não basta deter a coisa, é preciso querer detê-la. A detenção de uma coisa é um fato físico correspondente ao fato jurídico da propriedade. Por consequência, o *animus possidendi* não é outra coisa que a intenção de exercer o direito de propriedade (...) Assim, para ser considerado verdadeiro possuidor de uma coisa, é preciso necessariamente que aquele, que a detém, se comporte a seu respeito como proprietário; em outros termos, que ele pretenda dispor dela de fato, como um proprietário que teria a faculdade legal de fazê-lo em virtude de seu direito, o que envolve também a recusa de reconhecer na pessoa de outrem, um direito qualquer, superior ao seu” (Taité de la possession en droit romain. 1ª edição em 1803. Tradução da 7ª Edição alemã por Henri Staedler, Bruxelas, Bruylant-Christophe et Cie. Editeus, 1893).

<sup>25</sup> Consigna Ihering o seguinte: “Indague-se como o proprietário costuma proceder com as suas coisas, e saber-se-á quando se deve admitir ou contestar a posse. A aptidão do proprietário varia de acordo com a diversidade das cousas. Por motivos que é desnecessário expor, tem a sua casa e nela conserva a maioria das coisas que são móveis, coisas que podem ocultar. Mas certas coisas não podem ser guardadas desta maneira; seu destino econômico exige que estejam à vista: a erva, o feno, a palha nos campos, a madeira cortada nos bosques, a turfa, o carvão nas minas, as pedras na pedreira, os materiais de construção na obra (...) Em todos estes casos, não existe poder físico sobre a coisa (...) Não se guardam em móveis, em casa, os materiais de construção, não se depositam em pleno campo, dinheiro, objetos preciosos, etc. Cada qual sabe o que deve fazer com estas coisas, segundo a sua diversidade, e este aspecto normal da relação do proprietário com a coisa constitui posse” (Teoria Simplificada da Posse [obra traduzida]. São Paulo: Rideel, 2005, ps. 49-50).

<sup>26</sup> Segundo Domingo Cura Grassi, “probado el *corpus* se presume el *animus*, ello, por estar persuadido de la dificultad de proba rel *animus*, de ahí su oposición a la teoría de Savigny. Pero

partir do elemento objetivo, que, em seu ver, define a posse, expondo que o direito possessório também visa a proteção da propriedade, tanto que o *corpus* é definido mediante a análise do uso normal da coisa, que é aquele dado pelo proprietário. A detenção, para Ihering, não decorre da ausência de *animus domini*, mas de uma desqualificação normativa, fruto de uma política legislativa, razão pela qual vislumbra a existência de posse no caso do comodatário, locatário, usufrutuário, todos desprovidos do *animus* qualificado exigido por Savigny para a sua tipificação.<sup>27</sup>

O Código Civil brasileiro em vigor, seguindo modelo do Código Civil de 1916, adotou a teoria objetiva de Ihering ao prescrever em seu artigo 1.196 que “*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”<sup>28</sup>. Demonstra tal dispositivo que, para a tipificação da posse, não é necessária identificação de qualquer elemento subjetivo, mas apenas, a demonstração fática do exercício, pleno ou não, de algum dos poderes do proprietário, independentemente de qual seja o ânimo do possuidor (simples ou qualificado). A ligação entre o elemento objetivo e a propriedade também é evidente, já que o exercício fático capaz de caracterizar posse é de um dos poderes do proprietário (usar, gozar, dispor e reaver), descritos no *caput* do artigo 1.228, do Código Civil.<sup>29</sup> Não há no Título I, do Livro III, do Código

---

el corpus no es un mero contacto con la cosa para él sino que se va a requerir una intencionalidad; esto, atento reflejar una exteriorización del derecho de propiedad” (Derechos Reales – Posesión. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 43).

<sup>27</sup>Domingo Cura Grassi afirma que Ihering “relaciona directamente el instituto posesorio con el derecho de propiedad diciéndonos que el primero es la exteriorización del segundo, entonces esa exteriorización de la propiedad dada a la posesión viene a ser un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario. Así, aparece entonces la posesión como un simple médio para lograr la utilización de la propiedad deduciéndose, en consecuencia, el fundamento mismo de la protección posesoria en la mismísima propiedad” (Derechos Reales... op.cit., p. 43).

<sup>28</sup> É, dentre inúmeros outros, a opinião de Clovis Bevilacqua, Eduardo Espínola (Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais, atualiz. por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: Bookseller, 2002, p. 35), Orlando Gomes e Luiz Edson Fachim (Direitos Reais, ob. cit., p. 29), Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil - Direito das Coisas, 37ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.18), Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, Vol. IV, Direitos Reais, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.22), Paulo Nader (Curso de Direito Civil - Direito das Coisas - Vol. 4, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38), Arnaldo Rizzardo (Direito das Coisas, ob. Cit., p.26) e Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon (Embargos de Retenção, ob. cit.,ps. 66-67).

<sup>29</sup> Ensina Moreira Alves que o Código Civil alemão não adota a mesma técnica do nosso Código, seguindo um critério objetivo de definição da posse, contudo, sem fazer menção à propriedade. Segundo o doutrinador, referido Código só exige para a posse “o poder de fato sobre a coisa (die thatsachliche Gewalt über die Sache) e a distingue da detenção objetivamente por meio de dispositivo legal que caracteriza os casos em que tal poder não configura posse”. E salienta que “o poder de fato sobre a coisa” demonstra que existe posse na Alemanha ainda quando não haja sequer consciência de se ter esse poder. O que importa, segundo o renomado

Civil, reservado à posse, qualquer dispositivo prescrevendo a necessidade da conjugação de elementos subjetivos para a definição de posse, não sendo possível, para tal fim, ser invocado o disposto nos artigos 1.238 e seguintes do referido diploma legal, especialmente porque tais dispositivos não tratam da tipificação de posse ou de uma teoria sobre posse, mas de forma de aquisição da propriedade por meio da usucapião, sendo, por este motivo, exigido o *animus domini*.<sup>30</sup>

Importa destacar sobre as referidas teorias que, apesar da divergência quanto à definição de *corpus*, *animus* e detenção, bem como do fato de terem sido propostas com os olhos voltados para o ordenamento romano<sup>31</sup> e sob influências filosóficas distintas, ambas estão lastreadas na propriedade, ora para qualificar o elemento subjetivo, ora para identificar o elemento objetivo, encontrando no domínio o fundamento subjacente da própria proteção possessória<sup>32</sup>, razão pela qual serviram de ponto de partida para a construção dos diplomas legais de vários países, sendo ainda consideradas modernas nos dias atuais.<sup>33</sup>

---

jurista, é o que a sociedade pensa e não o que o passa pela mente do possuidor, especialmente porque a posse é fato social. (A detenção no Direito Civil Brasileiro. In: CAHALI, Yussef Said - coord. - et. al. Posse e Propriedade: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4)

<sup>30</sup> A corroborar a afirmação exposta, o Código Civil em vigor, tal como o de 1916, define as hipóteses de detenção a partir de uma desqualificação legal, ou seja, o legislador indicou as situações fáticas que, em razão desta indicação, não tipificam posse e que, em consequência, não ensejam os seus efeitos jurídicos, sendo relevante destacar que, caso não existisse tal degradação, os mesmos fatos caracterizariam posse na forma descrita no artigo 1.196 e proposta por Ihering, notadamente porque demonstram o fato do exercício, total ou parcial, de um dos poderes da propriedade. Segundo o artigo 1.198, do Código Civil, “*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*”. Do mesmo modo, embora sem se referir à palavra detenção, prescreve o artigo 1208, que “*não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade*”. Por fim, deve ainda ser lembrada a hipótese de detenção anteriormente prevista no artigo 520, inciso III, do Código Civil de 1916, que prescreve a perda da posse das coisas quando “postas fora do comércio”, admitida pelos artigos 1.196, 1.204 e 1.223, do Código em vigor.

<sup>31</sup> Segundo Moreira Alves, Savigny e Ihering elaboraram suas teorias expondo a posse como ela se apresentava no direito romano e como a haviam concebido os juristas da época (Posse - evolução histórica, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, ps. 208-209).

<sup>32</sup> Comenta Arruda Alvim que “a menção fundamental à posse, gravitando em torno da propriedade, em ambos os Códigos (de 1916 e no atual), repousa na idéia central da obra de Rudolf von Ihering, adotando a chamada teoria objetiva da posse. Rudolf von Ihering, na sua obra *Do Fundamento da Proteção Possessória - Uma revisão da doutrina da Posse*, em várias passagens evidencia que, em seu sentir, o fundamento da proteção possessória é a proteção do direito de propriedade, no que está implicado que, podendo haver *propriedade*, haverá *posse*...” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas – Comentários aos artigos 1.196 a 1.276 ...op.cit., p. 23)

<sup>33</sup> Segundo Arnaldo Rizzardo, “os Códigos Civis atualmente vigentes, na maioria dos países, seguiram a teoria objetiva inspirada em Ihering. Assim, o Código Civil da Alemanha, embora não integralmente, mesmo eliminando da posse a definição de *animus*, manteve o *corpus*

## 4.2 A funcionalização da posse

Apesar de ser o direito de propriedade considerado *conservador* ou *tradicional*, tal direito sofreu, nos dizeres de Arnaldo Wald, “a influência do sopro de socialização que impregnou o século XX”<sup>34</sup>, tendo a evolução do direito de propriedade, em seu aspecto funcional, repercutido no direito possessório. É como se a evolução da propriedade guiasse, de forma inevitável, a evolução das duas teorias da posse, ao menos sob o aspecto funcional, sem sofrer qualquer perda em suas essências. A explicação das teorias continua a mesma, tal como o conceito ou a estrutura da posse. O que muda é a propriedade que, como visto no item anterior, serve de amparo para o elemento subjetivo de Savigny e objetivo de Ihering. Consequentemente, se a propriedade sofreu alteração no que se refere à sua funcionalização, é inevitável concluir que a posse também passou pela mesma mudança, não na sua explicação, como já mencionado, mas sim, na sua finalidade ou na sua funcionalização, tornando-se também manifestação clara da socialização dos principais institutos de direito privado. É por tal razão que Miguel Reale consigna que existe uma nova visão dos principais personagens do direito civil, dentre os quais se destacam o proprietário e o possuidor, havendo um novo conceito de posse (posse-trabalho), que deve ser entendido como uma nova finalidade, qual seja, a social.<sup>35</sup>

Na verdade, tendo o nosso código civil adotado a teoria objetiva da posse, é possível compreender, com maior nitidez, a funcionalização do direito possessório, pois o elemento objetivo que proporciona a tipificação da posse está lastreado em uma forma de agir do proprietário, segundo um aspecto econômico, que pode ser compreendido também sob o aspecto

---

segundo a concepção de Savigny. Os Códigos da Suíça, da China, do México, do Peru e da União Soviética também acolheram a mesma orientação, com algumas modificações. (...) O Código Civil da Itália de 1942, entretanto, conservou a conceituação clássica da posse, nos termos da teoria de Savigny, exceto no que se refere à distinção entre posse e a detenção, que segue a orientação de Ihering” (Direito das Coisas, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, ps.25-26).

<sup>34</sup>Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p 3.

<sup>35</sup> Consigna o Ilustre Jurista que, “se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. (...) Houve a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, e empresário, o pai de família e o testador. Em virtude do princípio de socialidade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse pro labore, em virtude da qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Por outro lado, foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade” (Visão Geral do Projeto de Código Civil - *Jus Navegandi*).

funcional, independentemente da existência de ânimo especial. Assim, se é certo dizer que, para existir posse sobre uma coisa, é necessário verificar a sua *affectio tenendi* (qual a sua utilidade ou razão de existência, sob o aspecto econômico) e o modo de comportamento do proprietário, também será correto afirmar que, para existir uma posse que cumpre a sua função social, é necessário verificar a sua *affectio tenendi* e o comportamento social em relação à coisa que é esperado do proprietário pela sociedade. É possível, ainda, concluir que a nova concepção da propriedade, sob a ótica funcional, foi o motivador da nova concepção de posse, também sob o prisma funcional, sem afetar, contudo, como já afirmado, a essência da explicação teórica de posse ou o seu próprio conceito, ainda existente, mesmo que sem função social. Ou seja: o conceito (ou a tipificação) da posse não sofreu qualquer influência da sua funcionalização, havendo posse mesmo que o seu titular não esteja cumprindo sua função social (posse *simples*); todavia, diante dessa nova perspectiva de posse, é possível a existência de uma posse qualificada pelo cumprimento da função social, sem qualquer interferência de ânimo especial (*animus domini*).

Esta nova perspectiva da posse (posse qualificada pela função social) permite que o direito possessório seja hábil ao atendimento das necessidades da pessoa humana e à realidade social, tendo influenciado a redução dos prazos da usucapião extraordinária e ordinária de vinte e quinze anos, para quinze e dez anos, podendo ser de dez e cinco anos, respectivamente (caso o possuidor tenha estabelecido sua moradia e realizado obras ou serviços de caráter produtivo ou investimentos de interesse social e econômico, ou seja, caso seja externado o aspecto funcional da posse), nos termos dos artigos 1.238 e 1.242, do Código Civil, bem como facilitado a exata compreensão do que seja posse *pro-labore* ou *pro-moradia* que ampara a usucapião especial rural ou urbana, previstas nos artigos 1.239 e 1.240, do mesmo Diploma Legal.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Antes mesmo da edição do novo Código Civil, Luiz Edson Fachin já destacava a influência da função social da posse para a implementação da aquisição da propriedade por meio da usucapião incidente sobre o imóvel rural, salientando a impossibilidade da consideração do fenômeno possessório apenas como sendo a exteriorização da propriedade, tendo em vista a realidade vivenciada nos dias atuais e o fato de a posse ter prioridade histórica sobre a propriedade, já que, cronológica e geralmente, a propriedade começou pela posse *ad usucapionem*. E salienta: “à medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, e principalmente, sua causa e sua necessidade. Causa porque é sua fonte geradora. Necessidade porque exige sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva. Como se vê, vislumbra-se um patamar diferenciado de tratamento entre o instituto da posse e a propriedade, tomando relevo a questão na usucapião, particularmente aquela incidente em imóvel rural onde se evidencia, com maior clareza, a função social do fenômeno posse” (A função social da posse e a propriedade contemporânea – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13).

A nova hipótese de aquisição da propriedade intitulada desapropriação privada, prevista nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, de igual forma, foi inspirada, nas palavras de Miguel Reale consignadas na exposição de motivos no novo Diploma Legal, “no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho”, abrindo-se, “nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes executivo ou Legislativo.”<sup>37-38</sup>

A moderna visão da posse refletiu, ainda, perante os entes públicos, seja para se garantir a concessão de uso especial para fins de moradia de terrenos públicos urbanos, ao possuidor de área pública que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural (art. 1º, da Medida Provisória nº 2.220/01)<sup>39-40</sup>, seja para transmitir a própria propriedade para a pessoa jurídica de direito público dos imóveis urbanos abandonados, nos termos do artigo 1276, §§ 1º e 2º, do Código Civil.

Outras alterações decorrentes da nova concepção de posse estão previstas nos artigos 1.255, 1.258, 1.259 e 1.268, que prescrevem a possibilidade de

---

<sup>37</sup>Exposição de motivos do Código Civil. *In* Código Civil. Brasília... Op. cit. p. 52.

<sup>38</sup> Ao comentar as inovações do Código Civil em vigor decorrentes da função social da propriedade, Rodrigo Reis Mazzei destaca a importância da posse-trabalho como requisito fundamental para a aquisição da propriedade por meio da chamada desapropriação judicial privada. *Verbis*: “Primeiramente, deve-se destacar a nova figura jurídica dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, cuja essência de sustentação é a posse trabalho, decorrente de “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”, efetuadas em “extensa área”, por possuidores, em considerável número, que exercem a posse de boa-fé por mais de cinco anos ininterruptamente.” (A função social da propriedade – Uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. *In*: Função do direito privado no atual momento histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 396)

<sup>39</sup>Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o 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. § 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.

<sup>40</sup> Vale citar, ainda, como manifestação da função social da propriedade na posse, anterior à própria Constituição de 1988, a concessão do direito real de uso de terrenos públicos ou particulares, prevista no artigo 7º, do Decreto-Lei nº 271/67.

“acessão inversa”<sup>41</sup>, para se permitir a aquisição da propriedade do solo pelo possuidor que tiver construído ou plantado em terreno alheio desde que a acessão ultrapasse consideravelmente o valor do terreno, bem como a alteração do regime jurídico da transferência da propriedade móvel pela tradição feita por quem não é dono, capaz, a partir do novo Código Civil, de transferir o domínio se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

Existe, ainda, renomada doutrina expondo a harmonia do princípio da função social da posse com o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e a idéia de patrimônio mínimo para a subsistência, notadamente diante da possibilidade de o Código Civil, por meio da posse, viabilizar um “pacto social”, capaz de assegurar vida digna e o desenvolvimento biopsíquico esperado pelos menos favorecidos economicamente, diminuindo as desigualdades sociais.<sup>42</sup>

Estas são apenas algumas situações constantes do Código Civil que demonstram a vigência efetiva do princípio da função social da posse, fruto da também efetiva aplicação do princípio da função social da propriedade. Contudo, mesmo havendo a sua manifestação nos exemplos expostos e sendo evidente a ligação entre o instituto e a propriedade, que faz com que a função social da posse assuma destaque principiológico constitucional semelhante ao da função social da propriedade<sup>43</sup>, ocupando, conforme Luiz Edson Fachin, “*lugar central na hermenêutica*”<sup>44</sup>, é oportuno destacar a sua exata compreensão para quem ambos os princípios não sejam tratados como se fossem apenas um.

---

<sup>41</sup> Denominação de Maria Helena Diniz, in Código Civil Anotado. 11ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 1.011.

<sup>42</sup> Segundo Marcos Alcino de Azevedo Torres, “a discussão temática proposta, no sentido de uma reflexão sobre os contornos constitucionais da posse e da propriedade, sob inspiração dos princípios e valores contidos nos artigos 1º e 3º da Constituição, é de grande relevância jurídica, social e científica, pois atende aos anseios de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preservando a pessoa em seus valores existenciais, alçados ao vértice do sistema, não devendo a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas” (A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 30). No mesmo sentido: Maria Celina B. Moraes, in A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, vol. 65, ano 17, p. 30; Roberto Senise Lisboa, in Manual de Direito Civil, v. 4, 3ª edição, RT, ps. 58 e 59; e Luiz Edson Fachin, in A função social da posse e a propriedade contemporânea, Fabris, 1988, ps. 19 a 21. Destacando o significado do princípio da dignidade da pessoa humana no Código Civil, vide Nelson Rosendal, in Dignidade humana e boa-fé no Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

<sup>43</sup> Neste sentido, vide Roberto Senise Lisboa, in Manual de Direito Civil... Op. Cit., ps. 53/56 e 58/59.

<sup>44</sup> Direitos Reais. Orlando Gomes. 19ª edição - atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 30.



Neste contexto, são precisos os esclarecimentos formulados por Fachin, mesmo que direcionados a uma perspectiva da usucapião imobiliária rural e segundo a sua visão sobre o tema. Diz o autor: “A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização. (...) O processo histórico de apropriação do homem sobre a terra se desenvolveu de modo artificial, e em cada época a propriedade constituiu-se de contornos diversos, conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva indisfaçadamente do grau de complexidade das relações sociais. (...) Tal princípio não chega a afirmar que o trabalho se constitui no único modo para ter a propriedade: afirma que somente o trabalho do homem sobre a terra é que legitima a sua propriedade. Como se vê, são duas posições não excludentes, contudo, basicamente distintas. A primeira consiste numa inversão entre domínio e trabalho; a segunda tão somente inclui no bojo do domínio o elemento trabalho, como fator de legitimação, mas não como condição *sine qua non* para adquirir o direito de propriedade”. Após destacar que a propriedade não deve ser considerada uma função social, mas sim ter uma função social como princípio norteador dos poderes que lhe são inerentes, consigna o ilustre jurista que o princípio da função social “não transmuda realmente a propriedade para o direito público através da noção de função. A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade”. Já a função social da posse, segundo o autor, “situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”.<sup>45</sup>

Marcos Alcino de Azevedo Torres, por sua vez, expõe a mesma questão sob a sua ótica. Segundo o autor, “a função social em relação aos bens imóveis não se diferencia na propriedade ou na posse”, tampouco na visibilidade de atuação do proprietário ou do possuidor ou de um detentor. Consigna que, “tanto a propriedade como a posse podem existir isoladamente”, contudo, a propriedade sem a posse “é como um recipiente vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas”.

---

<sup>45</sup> A função social da posse e a propriedade contemporânea... ps. 18/20.

Assim, em seu ver, a “propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata com base no título aquisitivo”, ao contrário da posse, que “não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata”, sendo esta a razão para a “função social ser mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal”. Por fim, afirma o autor que, “se a propriedade se exerce pela posse, sendo esta indispensável no sistema adotado pelo código civil para a defesa daquela, como sua aparência ou como sentinela avançada, na expressão do autor da teoria prioritariamente adotada por nosso código e se, para dar cumprimento à função social da propriedade imóvel, for necessário o exercício da faculdade de uso do bem e este uso só se materializar pela posse, ainda que indireta, conclui-se então que, na verdade, é a posse que tem função social e, através dela assim exercida, infere-se se o proprietário está cumprindo com o seu compromisso (proprietário) e aí estará ele alforriado das conseqüências do sistema para descumprimento da função social”.<sup>46</sup>

Contudo, foi Arruda Alvim quem expôs de forma mais compatível com o nosso ordenamento a exata compreensão da função social da posse. Prescreve que, “ao falar em função social da posse, está implicada uma disputa de espaço – desenvolvida no curso do tempo – com relação ao direito de propriedade. Ou seja, ao falar-se em função social da posse, não é incomum significar-se o prestígio de uma situação possessória, em detrimento de uma situação de domínio, pois em parte essa é uma faceta – das muitas outras – da função social da propriedade”. E adverte o autor: “Mas esse ‘prestígio da situação possessória’ somente pode ser corretamente entendido se abrigado debaixo da disciplina do direito positivo, ou seja, se subposta ao ‘prestígio normativo’ do direito de propriedade. A função social da posse não deixa de dever ser entendida em conformidade com a lei. E – adiante-se –, mais ainda, a função social da posse, em última ratio, desempenha um função auxiliar da função social da propriedade; deve desembocar na função social da propriedade, em conformidade com a lei, v. g., quando ocorre a troca de proprietários, por razões particularmente valorizadas pelo legislador (art. 1.238, par. ún. e art. 1.242, par. ún.)”.<sup>47</sup>

## **5. A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL COMO EXPRESSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE**

Conforme referido anteriormente, a nova hipótese de desapropriação criada pelos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, é uma

---

<sup>46</sup> Op.cit., ps. 303-304.

<sup>47</sup> Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 372-373.

manifestação dos princípios da função social da propriedade e da posse. Contudo, são oportunas algumas observações para facilitar o discernimento do instituto, evitar alguns equívocos e estabelecer um regime jurídico, mesmo que peculiar. Antes, porém, é necessária a exposição da sua natureza jurídica e de seus requisitos, mesmo que sucintamente.

### **5.1 Natureza jurídica e compatibilidade constitucional**

Prescrevem os parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, que “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”, sendo que, “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”. Trata-se de hipótese de aquisição e perda da propriedade privada<sup>48</sup>, concretizada judicialmente, mediante a intervenção do Estado, com a observação de que o propósito não é transferir a propriedade do patrimônio do proprietário para o ente público, mas sim, para o patrimônio de outras pessoas, possuidores do bem.

Antes mesmo da entrada em vigor do atual Código Civil, a doutrina já discutia acerca da natureza jurídica do novel instituto, notadamente para a análise e aplicação do respectivo regime jurídico, bem como para a verificação de sua compatibilidade com o ordenamento constitucional. Não obstante a indicação da natureza desapropriatória do instituto promovida na *exposição de motivos do Código Civil*, houve quem defendesse que o diploma civil criou, na verdade, uma hipótese de perda da propriedade que tipifica a usucapião (onerosa), semelhante à usucapião coletiva prevista no *caput*, do artigo 10, da Lei nº 10.257/01, que prescreve que “as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem

---

<sup>48</sup> Não há a possibilidade de aplicação do disposto nos referidos parágrafos em caso de propriedade pública, tal como consta do Enunciado nº 83: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”. Tal Enunciado foi parcialmente revisto na quarta Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2006, pelo Enunciado nº 304, que assim prescreve: “São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”.

usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.<sup>49-50-51</sup>

Sobre tal discussão, contudo, prepondera o entendimento consignado na exposição de motivos do Código Civil em vigor<sup>52</sup>, ratificada no primeiro encontro das Jornadas de Direito Civil, realizada em 2002, no qual foi editado o Enunciado n° 82<sup>53</sup>, cujo teor defende a constitucionalidade dos parágrafos, justamente por considerar que se trata de uma nova hipótese de desapropriação por interesse social. Referido enunciado foi apresentado por Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, que expôs as seguintes razões para a conclusão referida: a) as características do novel instituto demonstram que não se exige posse com *animus domini*, a sentença não é meramente declaratória tal como ocorre na usucapião, não se pauta na inércia do proprietário e só se perfecciona mediante pagamento de uma justa

---

<sup>49</sup>Vide: Nelson Godoy Bassil Dower, *in* Curso Moderno de Direito Civil, v. 4: coisas, 2ª edição, São Paulo, Nepa, 2004, ps. 146-147; e Silvio de Salvo Venosa, *in* Direito Civil ...op.cit., ps.155 e 211.

<sup>50</sup>Para corroborar este entendimento, seria possível dizer que o Código Civil utiliza no parágrafo 5º, *in fine*, do artigo 1.228, da mesma técnica prevista no artigo 13, *in fine*, da Lei nº 10.257/01, empregada para o reconhecimento e o respectivo registro da usucapião especial urbana coletiva, dizendo que o direito à desapropriação judicial pode ser reconhecido em defesa, valendo a sentença como título para registro no cartório de imóveis. O parágrafo 5º, do artigo 1.228, diz o seguinte: “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” (original sem destaque). Já o artigo 13, da Lei nº 10.257/01, consigna o seguinte: “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” (original sem destaque). Trata-se, contudo, de apenas um argumento, sendo inevitável enfrentar questões muito mais complexas como, por exemplo, a natureza jurídica da sentença que reconhece a aplicação da desapropriação judicial, que difere (por parecer ser constitutiva) da natureza da sentença que reconhece a usucapião, seja em ação própria, seja em resposta (que, em razão do disposto na súmula nº 237, do STF, é declaratória).

<sup>51</sup>Salientando as semelhanças e distinções entre a desapropriação judicial e a usucapião coletiva, expõe Arruda Alvim o seguinte “(i) procuram eles realizar a função social da propriedade, ao valorizarem uma situação possessória, em nome da função social da posse, dado que a situação ocorrida ao abrigo desta última função deve desembocar no direito de propriedade, mercê da troca de proprietário, por causa da função social da propriedade; (ii) no Código Civil, no caso, a técnica jurídica, ou o instituto jurídico, é o da ‘desapropriação’, com indenização paga pelos ocupantes, ou, segundo alguns ‘compra e venda forçada’ (o que não é exato, mas, assim se diz, na suposta falta de designação melhor), cujo preço será fixado pelo juiz (art. 1.228, §§ 4º e 5º), ao passo que, no art. 10 do Estatuto da Cidade é a usucapião” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 396-397).

<sup>52</sup>Segundo a exposição de motivos, trata-se de instituto inspirado “no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho”, abrindo-se, “nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes executivo ou Legislativo” (Exposição de motivos ...op. cit. p. 52).

<sup>53</sup>Diz o enunciado: “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

indenização, também ausente da usucapião; b) mesmo havendo na Constituição Federal a garantia e a inviolabilidade do direito de propriedade que, como regra, é privada (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, e artigo 170, inciso II), prevê a mesma Carta Magna, como exceção, a possibilidade intervenção no direito de propriedade por meio da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), além da desapropriação-sanção, efetivada em virtude do inadimplemento da função social pelo proprietário (artigo 182, parágrafos 2º, 3º e 4º, inciso III, e artigo 184 e 186); c) a inovação prevista no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, do Código Civil, é uma forma interventiva que leva em consideração valores sociais, aferidos pelo juiz, estando explícito que a posse, obras e serviços realizados pelos interessados devem ser “considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”; d) a Constituição Federal permite a desapropriação por interesse social, mediante pagamento de justa e prévia indenização (artigo 5º, inciso XXIV), tal como ocorre nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil; e) as expressões necessidade, utilidade pública e interesse social não devem ser consideradas restritivamente, como sendo apenas inerentes à viabilidade de serviços públicos, mas devem estabelecer também a possibilidade de uma desapropriação necessária à ordem social ou à vida social; e que f) não há óbice quanto à possibilidade de dilargamento da competência para expropriar, que estaria sendo transpassada do Poder Público para os jurisdicionados (e neste caso particular, para pessoas físicas), seja porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIV, ao tratar da desapropriação por interesse social prevê que “a lei estabelecerá o procedimento”, sem vinculação ou exclusividade de competência do ente expropriante, obedecidos obviamente os requisitos legais, seja porque a “desapropriação privada” prevista no Código Civil não é feita pelos particulares, mas pelo juiz, que é órgão integrante do Judiciário, justamente um dos poderes integrantes do Estado.

Apesar de ainda existir alguma resistência à conclusão exposta quanto à natureza jurídica do instituto, fruto, obviamente, da noção comum e limitada de que a desapropriação somente ser concretizada após a iniciativa do Poder Público, mesmo assim, com o objetivo de viabilizar a realização de obras e serviços públicos ou reforma agrária, a sedimentação do entendimento que reconhece a natureza desapropriatória do novel instituto ampliou a discussão sobre o tema, a fim de, em um segundo momento, ser avaliada a aplicação integral do respectivo regime jurídico, com a análise, por exemplo, da indenização, do devido processo legal, das consequências decorrentes da aquisição originária da propriedade, dentre outros.

## **5.2 Requisitos para a sua tipificação**

Para a realização da desapropriação judicial, prevê os parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, a necessidade da existência dos seguintes requisitos: a) ação reivindicatória em andamento; b) área extensa; c) posse ininterrupta e de boa-fé; d) prazo de no mínimo cinco anos; e) considerável número de pessoas; f) a realização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; e g) o pagamento do preço. Prescreve o parágrafo quinto, ainda, que a sentença proferida na ação reivindicatória valerá como título hábil para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Como exposto, prevê a lei que a desapropriação judicial do bem possuído somente pode ser suscitada por exceção, ou seja, como defesa nos autos de ação reivindicatória movida em desfavor dos possuidores. Trata-se de hipótese *sui generis* de direito de desapropriação, em que não é prevista a possibilidade de sua invocação mediante ação proposta pelo titular (ou titulares, em conjunto)<sup>54</sup>, podendo-se extrair do parágrafo 4º, do artigo 1.228, que a desapropriação ocorrerá de forma incidental, nos autos de ação reivindicatória, caracterizando uma questão que, se suscitada, é prejudicial ao mérito da ação petitória e fará coisa julgada material, semelhantemente ao que ocorre, neste tocante, com a usucapião especial urbana (artigo 13, *in fine*, da Lei nº 10.257/01), devendo a ação reivindicatória ser julgada improcedente em caso de acolhimento da desapropriação judicial, bem como valer a sentença como título para registro no Cartório de Registro Geral de Imóveis, tal como dispõe a parte final do parágrafo 5º, *in fine*, do artigo 1.228.<sup>55</sup> Como consequência do exposto, existe certa incompatibilidade no entendimento favorável ao ajuizamento de reconvenção para a suscitação do direito à desapropriação judicial, já que, se não é possível suscitar o direito por meio de ação, também não o será por reconvenção.<sup>56-57-58</sup>

---

<sup>54</sup> Este foi o entendimento que pode ser extraído do Enunciado nº 84, da primeira Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça, em 2002, qua assim prescreve: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”

<sup>55</sup> É o que consta do Enunciado 302, da quarta Jornada de Direito Civil. *Verbis*: “A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório”.

<sup>56</sup> Pelos mesmos fundamentos expostos, não há a possibilidade de se invocar a desapropriação judicial de ofício pelo Juiz.

<sup>57</sup> Vale citar, ainda, o enunciado nº 83, da mesma Jornada (a primeira, ocorrido em 2002), que consigna a impossibilidade de suscitar a desapropriação judicial contra o Poder Público. *Verbis*: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”. Tal Enunciado foi parcialmente revisto na quarta Jornada, ocorrida em 2006, pelo Enunciado nº 304, que assim prescreve: “São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de

De igual forma, não há viabilidade no ordenamento vigente para a aplicação do entendimento consignado no Enunciado nº 310, da quarta Jornada de Direito Civil, no sentido de que “interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”. Trata-se de questão que ainda merece reflexão, notadamente diante do que prescrevem não apenas os artigos 1.210, parágrafo 2º, do Código Civil, e 923, do CPC, mas também os Enunciados de nºs 78 e 79, da primeira Jornada de Direito Civil, não *revogados*, que assim consignam: “Tendo em vista a não-recepção pelo novo Código Civil da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso”; e “A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”. Se não é possível discutir domínio em ação possessória, também não será possível, pela mesma razão, debater se existe ou não o direito à aquisição da propriedade nos autos de ação possessória.<sup>59</sup>

Ainda quanto à ação reivindicatória, é pertinente a necessidade de intervenção do Ministério Público na ação reivindicatória em que tenha

---

Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”. Marco Aurélio Bezerra de Melo consigna entendimento favorável à oposição da desapropriação privada contra o Poder Público, independentemente da natureza do bem (uso comum, especial ou dominical), notadamente porque a vedação constitucional contida no artigo 183, § 3º, e 191, parágrafo único, é quanto à usucapião, não havendo previsão semelhante contra a compra forçada. De qualquer forma, suscita o autor a possibilidade de ser invocado o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, previsto na Medida Provisória nº 2.220/01 (*in Novo Código Civil...*, op.cit.,p. 59-60).

<sup>58</sup> Vide Silvio Salvo Venosa, *in Direito Civil...*op.cit., p. 155.

<sup>59</sup> Salienta Arruda Alvim a “simetria entre o art. 927, do Código de Processo Civil (ainda que este se refira aos requisitos que hão de estar presentes para a obtenção de medida liminar) e o que dispõe o art. 1.210, § 2º (este último, em relação ao que não pode ser objeto de alegação no juízo possessório). Tanto o art. 927, referido, quanto o art. 1.210, § 2º, acabam por traçar as fronteiras possíveis da discussão sobre a posse. Desta forma, o significado do mandamento do art. 1.210, § 2º, é no mesmo sentido do âmbito e do sentido do art. 927 do Código de Processo Civil; ou seja, podem ser discutidos, exclusivamente, fatos (e as conseqüências que o direito a esses atribuí); e, pelo art. 1.210, § 2º, que dispõe: ‘§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa’. Com isto, o que se verifica é que se o art. 927 diz respeito aos elementos que hão de ser trazidos para o juízo que há de ser feito em sede de pedido de liminar, pelo texto do art. 1.210, § 2º, constata-se que - *percebida congruência atinente ao âmbito possível de alegações no juízo possessório* - em todo processo em que se tenha por objeto ação possessória *stricto sensu* não há espaço para a alegação de direito, em função do qual se pudesse embasar a situação possessória” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI...op.cit., ps. 325-326)

sido requerida a desapropriação, seguindo o mesmo regime jurídico das demais espécies de desapropriação por interesse social (LC nº 76/93, artigo 18, parágrafo 2º; CPC, artigo 82). É o entendimento exposto no enunciado 305, da quarta Jornada de Direito Civil, que assim consigna: “Tendo em vista as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuação nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que envolvam relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.

Por fim, existe atualmente relevante discussão sobre a necessidade de participação do ente público no processo de reivindicação, especificamente quando for vislumbrada a necessidade de planejamento urbanístico e os requeridos são considerados, conjuntamente, “população de baixa renda”. É o que consta dos enunciados 307 e 308, respectivamente, aprovados na quarta Jornada de Direito Civil. *Verbis*: “na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico”; e “a justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil”.

Prevê a lei como requisitos da desapropriação judicial, ainda, a necessidade de ser “extensa área” reivindicada<sup>60</sup>, a presença de “considerável número de pessoas” e a realização de “obras e serviços de interesse social e econômico relevantes”, conceitos vagos<sup>61-62</sup> cuja definição depende de uma

---

<sup>60</sup> Não há qualquer restrição quanto à localização (rural ou urbana).

<sup>61</sup> Segundo Rodrigo Reis Mazzei, “O parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002 possui a cláusula geral da *função social da propriedade*, uma vez que há abstração intencional no dispositivo para que se consiga verificar se, no caso concreto, a norma será aplicada, utilizando-se como apoio, inclusive, conceitos e definições de legislações especiais. Com atenção irá se verificar também que no parágrafo 1º do artigo 1.228 não há uma consequência jurídica já previamente estipulada pelo legislador, de modo que ela será *concretizada* a partir da hipótese colocada ao Judiciário. Assim, nesse caso, a *vagueza* intencional está tanto no *conceito fluído* da função social da propriedade, como também na própria consequência jurídica do dispositivo (§ 1º). No entanto, de modo diferente, o parágrafo 4º do mesmo artigo 1.228 trabalha com a *vagueza* apenas e tão-somente em parte do dispositivo, pois (1) preenchido o conteúdo dos *conceitos vagos*, a única possibilidade jurídica (*positiva*) aos beneficiários da norma será (2) o deferimento da *desapropriação judicial*, isto é, o instituto que já se encontra previamente traçado na norma *vaga*, com a sua respectiva consequência jurídica” (in Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das *cláusulas gerais*. Roteiro de palestra proferida perante o Instituto Capixaba de Estudos - ICE, em 02/02/2004).

<sup>62</sup> Expõe Arruda Alvim, “na proteção da situação que consistir em *extensa área*, na *posse ininterrupta* e de *boa-fé*, por *mais de cinco anos*, de *considerável número de pessoas*, e estas



avaliação do caso concreto pelo Juiz, por não existir critério previamente estabelecido como parâmetro objetivo, sendo oportuna a exposição formulada por Miguel Reale ao comentar o princípio da eticidade, norteador do novo Diploma Legal, quando assevera que “o código atual [de 1916] peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. (...) Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios etico-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. (...) O Novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto (...)”<sup>63</sup>

Nelson Rosenvald consigna que “a função social instala-se no novo Código Civil como uma cláusula geral. Isto é, uma técnica de legislar intencionalmente imprecisa e vaga, com grande abertura semântica. Por sua generalidade, abre-se ao influxo contínuo dos valores sociais, promovendo-se uma constante atualização no sentido da norma”. E continua: “A técnica das cláusulas gerais substitui, em alguns casos, com vantagem, a técnica da causuística, pela qual o magistrado praticava a subsunção do fato à norma – *fattispecie* -, o que gera rigidez da norma e, muitas vezes, sua própria ineficácia social. (...) Isso não se produzirá com as cláusulas gerais. O Código Civil é apoiado em um sistema aberto e móvel em que a ordem jurídica é apoiada na jurisprudência, sem formação estática de previsões normativas, havendo espaço para o magistrado buscar o significado jurídico da norma, Segundo valores sociais – conceitos metajurídicos -, julgando sempre para o caso concreto, em determinado contexto. A função social será sempre o resultado da ponderação de valores sociais objetivamente justificáveis na Constituição Federal, criando-se a norma do caso. (...) Notável exemplo de cláusula geral relacionado imediatamente com a função social é encontrado no § 4º, do artigo 1.228, do Código Civil. (...) O magistrado avaliará, no caso concreto, os conceitos jurídicos

---

nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, *obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*” existe “três conceitos vagos - extensa área, considerável número de pessoas e que estas, em conjunto ou não, hajam realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante -, o que demonstra o amplo poder de aplicação da norma de que resultou investido o Poder Judiciário, como, ainda - note-se - a própria ‘tradução’ do conceito vago da função social, é, a seu turno, feita por intermédio de outros conceitos vagos” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 410)

<sup>63</sup> Visão Geral do Projeto de Código Civil. 2003. *Jus Navegandi*.

indeterminados 'extensa area', 'considerável número de pessoas' e 'obras e serviços de interesse social e econômico relevante'". E adverte: "Aqui surgirá uma máxima tensão entre a tutela da propriedade e a sua função social – que sera exercida não pelo proprietário, mas por possuidores", sendo que, "na colisão entre os princípios, utilizar-se-á o método da ponderação para avaliar-se qual dentre eles sera o de maior peso e densidade, afastando-se aquele de menor repercussão".<sup>64-65</sup>

Prevê a lei, ainda, a existência de "... 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 ...". A posse referida pela norma é a posse prevista em seu artigo 1.196, ou seja, a chamada posse *ad interdicta*, cuja comprovação não depende de *animus* especial.<sup>66</sup> Todavia, não obstante a aparente ausência de qualquer outra exigência quanto à qualificação da posse, sua exata compreensão exige a avaliação conjunta com a realização de *obras e serviços considerados pelo Juiz como de interesse social e econômico relevante*, ou seja, a posse recebe qualificação decorrente justamente da realização fática referida, que identifica uma finalidade social. Trata-se da chamada posse com função social, ou *posse pro-labore* ou, ainda, *posse-trabalho*. Conforme expõe Miguel Reale, "na realidade, a lei deve outorgar proteção especial à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, que se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural". Segundo o autor, "não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, 'como se' fora atividade do proprietário, com a 'posse qualificada', enriquecida pelos valores do trabalho". E finaliza: "Esse conceito fundante de 'posse-trabalho' justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade

<sup>64</sup> Direitos Reais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, ps. 32-33.

<sup>65</sup> Silvio Venosa expõe o seguinte sobre os referidos conceitos: "As pessoas que estão na posse do imóvel estarão legitimadas para essa excêntrica reivindicação, não quaisquer pessoas, mas um *número razoável de pessoas*. O que se pode entender por número razoável? Certamente não será uma só pessoa, mas cinco pessoas poderá ser número razoável em pequena área e centenas de pessoas poderão não sê-lo, dependendo da extensão da área. Mas a lei fala em extensa área. Há que se levar em conta, portanto, que o legislador se refere a ocupações urbanas ou urbanizadas de certa monta, pois não se exclui a área rural do texto legal. Estamos, de fato, perante mais uma denominada 'cláusula aberta', nomeclatura tão a gosto dos comentadores do novel Código. Cuida-se, na verdade, de mais um ponto aberto à argumentação jurídica pelos operadores do direito. Uma área extensa em uma região urbana poderá não ser extensa em área rural" (Direito Civil... op. cit., ps. 155-156).

<sup>66</sup> Anotação: Enunciado Aprovado na III Jornada de Direito Civil do - CEJ da CJF

Enunciado nº 239: - Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de "melhor posse", com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916.

reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição”.<sup>67-68</sup>

Deve a posse, ainda, ser contínua, de boa-fé e pelo prazo de cinco anos, sendo que, à míngua de outros critérios relativos à desapropriação, deve ser utilizada a mesma técnica empregada para a usucapião, inclusive no que se refere à *accessio possessionis* (artigo 1.243, do Código Civil), desde que a posse seja contínua, com a mesma qualidade especial já referida (funcional) e com boa-fé. Aliás, a posse de boa-fé é uma exigência que deve ser assim definida com fulcro no artigo 1.201, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que prescreve: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”; e que “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”. Apesar do entendimento exposto no enunciado 309, da quarta Jornada de Direito Civil, no sentido de que “o conceito de posse de boa-fé de que trata o artigo 1.201 do Código Civil não se aplica no § 4º do art. 1.228”, também é necessária uma maior reflexão sobre tal conclusão, especialmente por não haver qualquer incompatibilidade fática para a sua aplicação e reconhecimento durante o período mínimo de cinco anos em que foram realizadas as obras e serviços na área possuída.<sup>69</sup>

Por fim, quanto à indenização prevista no parágrafo 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, utilizando-se o regime geral da desapropriação previsto no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, deve tal indenização ser justa, prévia e em dinheiro. Mesmo sendo possível a existência de exceção à regra - como ocorre, por exemplo, na desapropriação-sanção prevista nos artigos 182, parágrafo 4º, inciso III, e 184, *caput*, da Constituição Federal -, não há previsão específica neste sentido na Carta Magna quanto à hipótese de desapropriação por interesse social, muito menos no parágrafo 5º, do artigo 1.228, que consigna, apenas, que “... 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”. Consequentemente, não é

---

<sup>67</sup>Exposição de Motivos... op. cit., p.52.

<sup>68</sup>Consigna Arruda Alvim que, “ao tratarmos da função social da posse, não estaremos cuidando da posse, pura e simplesmente, senão que acompanhada de alguns predicados socialmente prezáveis e, como tais, assumidos pelo legislador; por outras palavras, trata-se de uma posse faticamente enriquecida, ou, de uma posse qualificada” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., p. 373).

<sup>69</sup>Arruda Alvim reconhece a presença do núcleo ético que informa a boa-fé no exemplo citado por Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, relacionado à ocupação de área em razão de contrato de parceria agrícola, por mais de cinco anos, período em que foram realizadas as obras e serviços de interesse social e econômico relevante (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., p. 517).

cabível o regime relativo à indenização previsto para a desapropriação-sanção.<sup>70-71</sup>

Estes são, em síntese, os requisitos legais para a tipificação da hipótese de perda e aquisição da propriedade, prevista nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil.

### 5.3 A função social na desapropriação judicial privada

A exposição até agora realizada permite se extrair a conclusão de que o ordenamento civil está passando por uma importante transformação, que não fica limitada apenas à edição de uma nova legislação, mas que busca atingir os principais institutos sob o aspecto principiológico e funcional, indiscutivelmente motivada pela realidade social percebida pela comunidade em que vivemos. Referida transformação é sentida até mesmo em determinados direitos protegidos de forma mais rígida e conservadora, mas que, apesar destas características, não ficaram imunes à realidade e aos reclames sociais. É o que ocorreu com o direito de propriedade, que continua merecendo a proteção constitucional como um direito fundamental, seguindo a tradição no nosso ordenamento de prestígio da propriedade privada (artigos 5º, *caput* e incisos XXII e LIV, e 170, inciso II). Entretanto, no aspecto finalístico, houve a transformação da propriedade privada com função individual para uma propriedade privada que deve cumprir uma finalidade social (artigos 5º, incisos XXIII, 170, inciso III, 182 e 184, da Constituição Federal).

A funcionalização do direito de propriedade nunca mereceu a atenção concedida nos dias atuais, tendo em vista o liberalismo até então vigente e, ainda, o aspecto conservador de um direito que sempre foi tido como sagrado e absoluto, bem como instrumento para o exercício da liberdade. As alterações econômicas, políticas e sociais, contudo, proporcionaram o surgimento de novos conflitos sociais, tornando mais complexas as relações urbanas e rurais envolvendo o acesso à propriedade, habitação e meios de produção e sobrevivência, exigindo do Poder Público uma atuação concreta e eficaz, incompatível com a *omissão* inerente ao Estado liberal. Exige-se, nos dias atuais, toda a atenção, não só do Estado mas também da sociedade, relacionada ao modo de agir do proprietário com

---

<sup>70</sup>Vide os enunciados 240 e 241, da terceira Jornada de Direito Civil, que assim prescrevem, respectivamente: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”; e “o registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz”.

<sup>71</sup>Quanto à necessidade de o pagamento ser efetuado pelos possuidores, vide Marco Aurélio Bezerra de Melo, *in* Novo Código Civil...op.cit., p. 59.

relação aos seus bens, notadamente porque este agir interfere diretamente no convívio e relacionamento social, seja na cidade, seja no campo. Não se questionava no início do século passado se o titular de propriedade rural ou urbana poderia ou não se comportar de forma individualista e egoísta quanto a tais bens, como, por exemplo, acumulando riquezas com o único propósito especulativo. Mesmo sendo respeitada a propriedade privada, é importante e necessário o questionamento deste comportamento nos dias atuais, pois repercute incisivamente em políticas públicas fundiárias ou urbanísticas, bem como na solução dos conflitos antes referidos.

Por esta razão, o atual ordenamento constitucional, de forma inovadora, estabeleceu determinadas margens de aplicação e controle da função que deve ser dada à propriedade, estabelecendo definitivamente que a propriedade privada não pode mais servir aos mesmos propósitos concebidos anteriormente à sua promulgação, criando mecanismos para coagir o proprietário a cumprir uma função voltada para a sociedade (artigos 182, parágrafo 4º, e 186, da Constituição Federal). Estes mecanismos de controle e coação para o cumprimento da função social, todavia, atingem o propósito desejado sob certo aspecto, criando um dever para o ente público de intervir na propriedade privada visando implementar e concretizar políticas públicas, além de estabelecer balizas para esta atuação e para o legislador. Contudo, as necessidades sociais fizeram com que a legislação infraconstitucional também se posicionasse e se adequasse quanto ao controle do comportamento do proprietário em sociedade, de forma a prestigiar aquele cuja conduta também leva em conta o aspecto funcional do seu bem na comunidade, e punir aquele que ainda mantém sua concepção individualista de seus bens.

O Código Civil, neste contexto, sendo a principal norma infraconstitucional que trata do direito de propriedade, modificou o panorama funcional do referido direito, revendo, por exemplo, todos os prazos da usucapião extraordinária e ordinária existentes no Diploma revogado (artigos 550 e 551, do Código de 1916), incompatíveis com esta nova visão constitucional de propriedade, fortalecendo, como consequência, a figura do possuidor (artigos 1.238, *caput*, e 1.242, *caput*). Aliás, diante da compreensão do seu potencial quanto ao aspecto funcional, a posse se tornou importante instituto jurídico para o cumprimento do comportamento esperado do proprietário, recebendo nova qualificação capaz de proporcionar de forma mais rápida o acesso à propriedade, como ocorre com a redução ainda maior dos prazos da usucapião, previstas nos parágrafos dos artigos 1.238 e 1.242. Tal qualificação, porém, não visa o detrimento do direito de propriedade, mas o detrimento da função individual que esteja sendo dada à mesma propriedade, incompatível com a função social da propriedade estabelecida na Constituição Federal (artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso

III) e no próprio Código Civil (artigos 1.228, parágrafo 1º, e 2.035, parágrafo único), permitindo a compreensão da função social da posse.

A criação da nova hipótese de perda da propriedade pela desapropriação judicial prevista nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, também demonstra a preocupação da lei com o aspecto funcional do direito de propriedade e do referido potencial da posse como instrumento para a sua operacionalização e concretude.<sup>72</sup> Nesta hipótese, o Código acaba prestigiando os possuidores de área extensa contra o proprietário, especialmente por estar a posse expressando efetivamente o cumprimento de uma função social, por meio da realização de obras e serviços tidos pelo Estado-juiz como sendo de interesse social e econômico mais relevante do que o próprio direito à manutenção da sua propriedade, ao menos perante ou em relação à sociedade.

Segundo Arruda Alvim, a “função social da posse - na hipótese ora enfocada - é tendente a destruir o *atual* direito de propriedade em que se espelha situação socialmente indesejável, para que se *recupere* a função social da propriedade, *em mãos de outro proprietário*”. Segundo o autor, “o sistema do Código Civil não é um sistema destrutivo - e, nem poderia ser - do direito de propriedade, mas é um sistema destinado a *absorver* situações tópicas por ele definidas como indesejáveis (que, todavia, não são poucas) dentro do sistema institucionalizado do direito de propriedade”.<sup>73</sup>

Estando regularmente positivada, a hipótese de perda da propriedade criada nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, é importante instrumento para a efetivação da princípio da função social da propriedade,

---

<sup>72</sup>Arruda Alvim expõe que “o Código Civil acabou por emprestar efeitos significativos à posse, quando a essa posse estejam somados outros valores (extrínsecos à posse, propriamente dita, à luz do conceito que está no art. 1.196 do Código Civil), tendo-o feito, o legislador, em detrimento de situações caracterizadoras do direito de propriedade, mas em nome da função social da propriedade. Em outras palavras, isso foi feito em detrimento de uma situação da propriedade em relação à qual o legislador terá vislumbrado um não exercício do que pode ser feito a partir da posse (inércia, descuido em relação à coisa, etc.) pelo proprietário, e, simultânea e paralelamente, a ocorrência de atividade do possuidor, com criação de riqueza e utilidade (v. g., como moradia do usucapiente)”. Segundo o autor, “para explicar essas hipóteses de diminuição de prazos, na usucapião (e, a dos §§ 4º e 5º, do art. 1.228), as situações idealizadas pelo legislador partem do fato de que haja de um lado o proprietário que não desenvolve atividade alguma e nem proporciona que isso resulte feito, sendo aquele que não cura do seu bem, e, de outro, paralela e simultaneamente há essa atividade por parte do possuidor. Essas hipóteses, dentre as quais se encarta a do art. 1.228, § 4º, ainda que aqui não se trate de usucapião, explicam-se basicamente por estas últimas considerações de assunção pelo legislador ordinário da tarefa de disciplinar, concretizando em hipóteses, a chamada função social da propriedade, pela influência ou repercussão nessa da chamada função social da posse” (Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 406-407).

<sup>73</sup>Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: Texto introdutório ao Livro III...op.cit., ps. 409-410.

viabilizado a partir do potencial cada vez mais reconhecido da posse para a aplicação e o desenvolvimento de um novo Estado Social de Direito, sem atropelos ou excessos de garantias fundamentais preservadas pelo nosso ordenamento constitucional, relacionadas à propriedade privada. A função social da posse, assim, desempenha, nos dizeres de Arruda Alvim, “uma função auxiliar da função social da propriedade”, que, no caso da desapropriação judicial, proporciona a transferência da propriedade para possuidores não em razão de interesses individuais, mas sim da função desempenhada pela posse nas condições tidas pelo legislador como merecedora de prestígio e compatível com a diretriz constitucional e social da propriedade.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. Breves Anotações para uma teoria geral dos direitos reais. *In*: Posse e Propriedade - doutrina e jurisprudência. Coord. de Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. XI: texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas e Comentários aos artigos 1.196 a 1.276 - coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense (prelo).

BEVILÁQUA. Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 3ª edição, Volume 3, Rio de Janeiro, 1930.

BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BOURGUIGNON. Álvaro Manoel Rosindo. Embargos de retenção por benfeitorias, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 - Coleção estudos de direito de processo Eurico Tullio Liebman, v. 40.

BORDA, Guillermo A. Manual de Derechos Reales. 5ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CARVALHO SANTOS, J. M. de.. Código Civil brasileiro interpretado. v. VII. 6ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, volume 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CORRÊA. Orlando de Assis. Posse e Ações Possessórias, teoria e prática. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Aide, 1990.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume: Direito das Coisas. 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

- \_\_\_\_\_. Código Civil Anotado. 11ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso Moderno de Direito Civil, v. 4: coisas. 2ª edição, São Paulo: Nepa, 2004.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais. 1ª edição, Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e da propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Novo Código Civil Comentado. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.
- FULGÊNCIO, Tito. Da Posse e das Ações Possessórias. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.
- GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- GRASSI, Domingo C. Cura. Derechos Reales. Posesión. 1ª edição, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse (obra traduzida). São Paulo: Rideel, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, volume 4: direitos reais e direitos intelectuais - 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A função social da propriedade – Uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: Função do direito privado no atual momento histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *In* Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das *cláusulas gerais*. Roteiro de palestra proferida perante o Instituto Capixaba de Estudos (ICE), em 02/02/2004.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de Melo. Novo Código Civil anotado. 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Direito das Coisas. 37ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, José Diniz de. A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, vol. 65, ano 17.



- MOREIRA ALVES, José Carlos. Posse, 1: evolução histórica. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Posse, II, 1 tomo: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. A detenção no Direito Civil Brasileiro. In: Posse e Propriedade - doutrina e jurisprudência. Coord. de Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 4: Direito das Coisas. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil Anotado e legislação extravagante. 2ª edição, São Paulo: RT, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume IV: Direitos Reais. 19ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. 1ª edição, Campinas: Russel Editores, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. X.4
- REALE, Miguel. Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.
- \_\_\_\_\_. Visão Geral do Projeto de Código Civil - *Jus Navegandi*.
- REZENDE, Astolpho. A posse e sua proteção - São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIBAS, Antônio Joaquim. Da posse e das Ações Possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico - Rio de Janeiro: Editora H Laemmert & C, Livreiros Editores, 1883.
- ROSA, Alcides. Noções de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Aurora, 1947.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas - 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais - 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Traité de la possession en droit romain - tradução da 7ª Edição alemã por Henri Staedler, Bruxelas, Bruylant-Christophe et Cie. Editeus, 1893.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A Propriedade e a Posse: Um Confronto em torno da Função Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisas. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.