

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

RODRIGO CARDOSO FREITAS

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA POR MEIO DA
DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA INDIRETA**

VITÓRIA
2017

RODRIGO CARDOSO FREITAS

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA POR MEIO DA
DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA INDIRETA**

Tese a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Curso de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA
2017

RODRIGO CARDOSO FREITAS

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE
POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA POR MEIO DA
DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA INDIRETA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Anna Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr.
Membro Externo

Prof. Dr.
Membro Externo

À Deus, como sinal de minha eterna gratidão, à minha esposa Flávia, sem a qual não seria conhecido o amor verdadeiro e tanta felicidade, aos meus filhos Rodrigo, Helena, Pedro e Luísa, pelo amor, compreensão e alegria de tê-los como filhos. Dedico, ainda, à memória de meu saudoso pai Gercino, a quem devo todo o amor e apoio empregado em minha educação moral e profissional, bem como à minha mãe Maria pelo amor incondicional, responsável pela minha disciplina e personalidade, e à minha família, presente em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho contou com a orientação, incentivo, apoio e paciência de muitas pessoas, motivo pelo qual, mesmo consciente do risco de eventual omissão, desejo registrar meus sinceros agradecimentos:

Ao meu orientador Adriano Sant'Ana Pedra, pelo exemplo de sabedoria, equilíbrio, humildade e aprendizado, renovo-lhe as homenagens, admiração e respeito como pessoa e profissional;

Aos Professores Elda Bussinguer, Daury Fabriz, João Maurício, André Filipe, Gilsilene Passon, Alexandre Coura, Carlos Henrique, Nelson Camatta, Ricarlos Almagro, Samuel Meira, Anderson Pedra, Tiago Fabres, Juliana Ferrari e Paula Castello, pelos ensinamentos e apoio para que o doutorado fosse realizado;

Aos Professores Américo Bedê, Bruna Lyra, Ricardo Goretti, Roberto Almada, Rodrigo de Paula, Claudio Colnago, Adriana Bisi, Wilton Bisi, Cristina Pazó, Marcelo Obregon, Alexandre Maia, Alexandre Bernardina, Gustavo Senna, Israel Jório, Rafael Boldt, Sérgio Leal, Gustavo Tardin, João Claudio, Jeane Martins, Fernando Mattos, Marcelo Pacheco, Renata Helena, Rodrigo Mazzei, Fernando Bravim, Álvaro Bourguignon, Pablo Malheiros, Lucas Barroso e Marcos Catalan, pela colaboração nos debates e angústias, especialmente durante o doutoramento;

À Faculdade de Direito de Vitória e ao Diretor Geral Antonio José Ferreira Abikair, pela oportunidade de integrar seu corpo docente e pelo apoio acadêmico durante o doutoramento;

A minha família Fabrício, Annelise, Fernando, Bruna, Juliano, Rodrigo, Lais, Marcus, Naciene, Marcos, Thais, Lucas e Raíssa, bem como a Mari e João, pela compreensão e indispensável ajuda para a conclusão do doutoramento;

Aos meus amigos e colegas Fernando Rosa, Alexandre Borgo, Leonardo Alvarenga, Teline Marvila, Marcelo Zenkner, Jojô Zenkner, Carlos Eduardo, Paula Lemos, Marcelo Altoé, Caroline Altoé, Paula Mazzei, Fábio Pretti, Felipe Morgado, Gustavo Marçal, Gustavo Procópio, Salomão Akhnaton, Tiago Cardoso, André Guasti, Mônica Calmon, Vinícius Sant`Anna, Larissa Cardoso, Henrique, Larissa Vescovi, Henrique Arraes, Mírian de Almeida e Diogo Sartori, pela constante ajuda, apoio e coleguismo;

Aos amigos Cezar Nasser, Katharina Ferrari, Tarcísio Regiani, Luis Henrique, Ricardo Rangel, Vitor Cretella, Vitor Camargo, e, em especial, a Angélica Ávila, pelo especial apoio e paciência durante os anos de estudo e convivência profissional;

A todos os meus alunos e amigos, aqui representados por Amyne Rampinelli, Beatriz Figueiredo, Bruno Tovar, Letícia Marçal, Lívia Pasolini, Luane Almeida, Nathalia Rocha, Raphaela Berger e Vitor Gomes, que renovam a esperança de um mundo melhor.

“Liberdade quer dizer saber ponderar sobre o que fazemos, saber avaliar o que é bem e o que é mal, quais são os comportamentos que nos fazem crescer, quer dizer escolher sempre o bem. Somos livres para o bem. E nisso não tenham medo de ir contra a corrente, embora não seja fácil!”

Papa Francisco

RESUMO

A tese objetiva investigar se é possível o reconhecimento judicial da desapropriação privada indireta, ocasionada pela afetação da propriedade ao interesse social e econômico relevante, provocada pela consolidação de uma situação fática que realize os direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia. A questão é examinada dentro da linha de pesquisa Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais, voltada para o reconhecimento e a efetivação de direitos fundamentais relacionados com a dignidade humana e ao mínimo existencial. A tese procura justificar, por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais à posse e à propriedade, bem como da compreensão do direito à moradia em sua dupla dimensão, a possibilidade de se consumir a consagração da propriedade privada ao interesse social, tendo como consequência o reconhecimento judicial da desapropriação privada indireta, inclusive, para justificar a responsabilização do Poder Público quanto ao pagamento da justa indenização. Para alcançar o objetivo descrito, busca a tese comprovar que o interesse social que enseja a desapropriação privada, pode ser reconhecido judicialmente a partir da Constituição Federal, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação. A tese também identifica circunstâncias fáticas e jurídicas que já foram consideradas suficientes para a prevalência dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia, sobre o de propriedade, especialmente diante do exercício da posse qualificada pela função socioambiental e da postura do Poder Público em relação a conflitos que envolvem tais direitos. Por meio do método dedutivo, são fixadas premissas e critérios que permitem concluir que, tal como ocorre com a desapropriação pública indireta e com a desapropriação judicial privada, é possível o reconhecimento judicial do fenômeno da afetação que enseja a desapropriação privada indireta, decorrente da colisão entre os direitos e princípios fundamentais de posse, propriedade, moradia, função socioambiental e dignidade humana.

Palavras-chaves: desapropriação privada indireta - posse - propriedade - moradia

ABSTRACT

The thesis aims to investigate whether judicial recognition of indirect private expropriation, caused by the affectation of property to the relevant social and economic interest, is possible due to the consolidation of a factual situation that realizes the fundamental rights of tenure, property and housing. The issue is examined within the line of research Democracy, Citizenship and Fundamental Rights, aimed at the recognition and realization of fundamental rights related to human dignity and the existential minimum. The thesis seeks to justify, through the recognition of the fundamental rights to tenure and ownership, as well as the understanding of the right to housing in its double dimension, the possibility of consummating the consecration of private property to the social interest, having as a consequence the recognition Indirect private expropriation, including, to justify the responsibility of the Public Power for the payment of fair compensation. In order to reach the described objective, the thesis seeks to prove that the social interest that causes private expropriation can be judicially recognized from the Federal Constitution, by applying the maximum of proportionality and weighting technique. The thesis also identifies factual and legal circumstances that have already been considered sufficient for the prevalence of the fundamental rights of tenure, property and housing, over property, especially in the face of the exercise of possession qualified by the socio-environmental function and the position of the Public Power in Relation to conflicts involving such rights. By means of the deductive method, premises and criteria are established which allow to conclude that, as with indirect public expropriation and private judicial expropriation, judicial recognition of the phenomenon of affectation that leads to the indirect private expropriation resulting from the collision Between the fundamental rights and principles of tenure, property, housing, socio-environmental function and human dignity.

Keywords: indirect private expropriation - ownership - property - housing

RESUMÉN

La tesis tiene como objetivo investigar si es posible el reconocimiento judicial de expropiación indirecta privada, causada por la afectación de la propiedad al interés social y económica pertinente, causada por la consolidación de una situación de hecho para llevar a cabo los derechos fundamentales de la posesión, la propiedad y la vivienda. La cuestión se examina dentro de la línea de investigación Democracia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, centrado en el reconocimiento y la realización de los derechos fundamentales relacionados con la dignidad humana y el mínimo existencial. La tesis pretende justificar, a través del reconocimiento de los derechos fundamentales a la posesión y la propiedad, así como la comprensión del derecho a la vivienda en su doble dimensión, la capacidad para consumir la consagración de la propiedad privada al interés social, y como consecuencia el reconocimiento judicial de expropiación indirecta privada, incluyendo para justificar la rendición de cuentas del Gobierno para el pago de una justa indemnización. Para alcanzar el objetivo mencionado, la tesis demuestra que el interés social que implica la expropiación privada, se puede reconocer judicialmente a partir de la Constitución Federal, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad y la técnica de ponderación. La tesis también identifica circunstancias de hecho y legales se han consideradas suficientes para la prevalencia de los derechos fundamentales de posesión, a la propiedad y a la vivienda en la propiedad, especialmente en el ejercicio de la posesión calificada por la función socio-ambiental y la postura del Gobierno en relación con los conflictos que afectan a tales derechos. A través del método deductivo, supuestos y criterios se establecen para concluir que, al igual que con la expropiación indirecta pública y la expropiación judicial privada, el reconocimiento judicial de afectación fenómeno que implica la expropiación indirecta privada es posible, debido a la colisión entre los derechos y los principios fundamentales de la posesión, la propiedad, la vivienda, la función social y ambiental y la dignidad humana.

Palabras clave: indirecta expropiación privada - posesión - propiedad – vivienda

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DJ – Diário de Justiça

DOU – Diário Oficial da União

J. – Julgado em

Min. – Ministro

p. – página (s)

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

TRF – Tribunal Regional Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A FUNDAMENTALIDADE DA POSSE E A SUA QUALIFICAÇÃO PELO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL	21
1.1 A ATUAL COMPREENSÃO DA POSSE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	23
1.2 O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	42
1.3 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO ELEMENTO INTERNO DA POSSE, EXIGIDA PELO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	60
1.4 A POSSE QUALIFICADA OBJETIVAMENTE PELO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL.....	76
2 A FUNDAMENTALIDADE DA PROPRIEDADE E DA MORADIA, PERMEADA PELA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E PELA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO	88
2.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE (FUNCIONAL).....	89
2.2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DO DIREITO À PROPRIEDADE.....	111
2.3 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA E DO DIREITO DE MORADIA.....	133
2.4 A APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....	145
3 A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA DECORRENTE DA CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA QUE CONCRETIZA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA	165
3.1 A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELO INTERESSE SOCIAL COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL PARA A SOLUÇÃO DA COLISÃO DOS	

PRINCÍPIOS.....	166
3.2 A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA CAPAZ DE PROVOCAR A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA AO INTERESSE SOCIAL.....	188
3.3 A VISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A POSSE QUALIFICADA PELA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL, RESPONSÁVEL PELA CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS.....	199
3.4 A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DECORRENTE DA AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE E, CONSEQUENTEMENTE, DO FATO CONSUMADO.....	211
4 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA INSTITUÍDA EM PROL DA CONCRETUDE DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL.....	229
4.1 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA DECORRENTE DA REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE INTERESSE SOCIAL E ECONÔMICO RELEVANTE.....	230
4.2 A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA DECORRENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO <i>ACCESSIO CEDIT PRINCIPALI</i>	250
4.3 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DE ATIVIDADE NOCIVA E EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO.....	259
4.4 AS DESAPROPRIAÇÕES JUDICIAIS PRIVADAS COMO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETUDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS....	272
5 A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA DECORRENTE DA AFETAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL.....	281
5.1 REAPRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.....	281
5.2 A SINGULARIDADE DOS CONFLITOS EXPOSTOS NOS JULGADOS ENVOLVENDO A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA.....	285
5.3 AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS QUE IDENTIFICAM CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA.....	305
5.4 A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA DECORRENTE DA AFETAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL.....	311

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 332

REFERÊNCIAS..... 335

INTRODUÇÃO

Os conflitos privados envolvendo os direitos de posse e propriedade são muito comuns e conhecidos na prática forense, sendo submetidos a um regime jurídico considerado estável sob o ponto de vista da previsibilidade e da segurança jurídica, ao menos no que diz respeito às demandas em que não ocorre pluralidade de partes ou interesses coletivos.

As soluções das referidas lides normalmente são obtidas por meio da aplicação da técnica da subsunção, dispensando a utilização de princípios fundamentais como fonte direta ou como reforço argumentativo, bem como a invocação de direitos fundamentais sociais e econômicos perante o Poder Público.

Os referidos direitos de posse e propriedade, entretanto, também são objeto de conflitos incomuns, considerados singulares por envolver não apenas a pluralidade de pessoas, identificadas ou não como partes em uma demanda judicial, mas também, circunstâncias fáticas e jurídicas nas quais fique claramente identificada a colisão de direitos fundamentais, bem como a necessidade de aplicação da técnica da ponderação e da máxima da proporcionalidade.

As peculiaridades de tais conflitos, inclusive, podem exigir a participação do Poder Público, especialmente quando ocorrer o reconhecimento da consolidação de situação fática que também venha materializar direitos fundamentais sociais, voltados para a realização dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal.

São conflitos que também demonstram o reconhecimento de outros direitos fundamentais distintos do direito de propriedade, que podem ser realizados pelo fato do exercício da posse qualificada objetivamente pela função socioambiental e pela materialização da dignidade humana.

São direitos como os de moradia, trabalho, habitação, liberdade, vida, segurança e à

propriedade, que podem, em conjunto ou separadamente, justificar o reconhecimento judicial do que se denomina de interesse social e econômico relevante, que é, inclusive, admitido constitucionalmente como suficiente para provocar a desapropriação da propriedade privada.

Assim, além da pluralidade de partes e da colisão de direitos fundamentais, os referidos conflitos entre possuidores e proprietários também são considerados singulares por permitirem o reconhecimento judicial de uma hipótese de desapropriação de natureza privada, decorrente da realização de direitos fundamentais e da concretude do princípio da função socioambiental.

A situação, contudo, é excepcional, normalmente verificada diante da destinação conferida à uma extensa área, por considerável número de pessoas e pela realização de obras e investimentos já consolidados e que devem ser mantidos sob pena de que sejam causados danos sociais ainda mais graves do que aqueles suportados pelo proprietário.

Referidas situações jurídicas são atualmente admitidas no Código Civil brasileiro, que permite a desapropriação privada quando apurado judicialmente o interesse social e econômico relevante, ou ainda a necessidade de manutenção de atividades que, embora nocivas, são realizadas em favor da satisfação do interesse público.

São hipóteses submetidas a pressupostos que permitem, no caso concreto, a avaliação judicial da realização de direitos fundamentais e da função socioambiental, mesmo envolvendo apenas particulares, responsáveis pelo pagamento da justa indenização devida ao proprietário.

As hipóteses admitidas na legislação civil, contudo, são apenas exemplificativas, sendo possível a ocorrência de situações distintas fundamentadas diretamente na Constituição Federal, nas quais seja reconhecida a consagração do bem privado ao interesse social e econômico relevante.

O mencionado quadro fático e jurídico guarda certa semelhança com o que se compreende na doutrina e na jurisprudência como sendo uma hipótese de

desapropriação pública indireta, com a distinção de que, nesta hipótese, ocorre o reconhecimento judicial da consolidação de uma situação fática provocada pelo próprio Poder Público, representativa de uma necessidade ou utilidade pública, ou ainda de um interesse social, aferidos judicialmente a partir da destinação que é conferida à propriedade particular.

Sendo confirmado judicialmente, na desapropriação pública indireta, que ocorreu a consagração da propriedade particular ao interesse público, capaz de tornar o quadro fático irreversível, é deferida a transferência formal da propriedade privada, mediante o pagamento da justa indenização, devida ao proprietário.

A semelhança entre as duas hipóteses de desapropriações (pública indireta e privada direta) justifica o interesse acadêmico de se examinar o seguinte problema, que é o objeto central da tese: é possível o reconhecimento judicial da ocorrência de uma desapropriação judicial privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais?

O questionamento é examinado dentro da linha de pesquisa Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais, voltada para o reconhecimento e a efetivação de direitos e garantias fundamentais por meio da aproximação da academia com a sociedade, bem como da reflexão sobre o exercício da cidadania manifestado a partir do exercício de direitos civis, segundo uma mínima organização social e econômica.

A tese procura justificar, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais à posse e à propriedade, bem como da compreensão do direito à moradia em suas dimensões positiva e negativa, a possibilidade de se consumir a consagração da propriedade privada ao interesse social, tendo como consequência o reconhecimento judicial da desapropriação privada indireta, inclusive, para justificar a responsabilização do Poder Público quanto ao pagamento da justa indenização, devida ao proprietário.

Para alcançar o objetivo descrito, busca a tese comprovar que o interesse social que enseja a desapropriação privada, pode ser reconhecido judicialmente a partir da

Constituição Federal, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, suficientes para aferir a menor restrição possível ao direito fundamental de propriedade, e a máxima otimização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia.

A tese também identifica circunstâncias fáticas e jurídicas que já foram consideradas pela jurisprudência como suficientes para a prevalência e preterição dos direitos fundamentais colidentes, especialmente diante da identificação da singularidade do caso concreto, do comportamento omissivo ou comissivo praticado pelo Poder Público, e, por fim, do cumprimento da função socioambiental por parte dos interessados na solução ou responsáveis pelo conflito.

Por meio do método dedutivo, são fixadas premissas e critérios mínimos a partir dos quais se torna possível o reconhecimento judicial do fenômeno da afetação provocada pela prevalência dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia sobre o direito fundamental de propriedade, tendo como consequência a desapropriação privada indireta, que consubstancia o produto final do resultado da ponderação entre os princípios colidentes.

Tais ideias são expostas em cinco capítulos, voltados para a demonstração da fundamentalidade da posse e dos direitos à propriedade e à moradia, que podem colidir, no caso concreto, com o direito fundamental de propriedade, a exigir a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação. Também demonstram que o resultado da ponderação entre os referidos direitos fundamentais pode representar a afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante que, a exemplo do que ocorre com as hipóteses de desapropriações privadas previstas no ordenamento, é suficiente para o reconhecimento da desapropriação privada indireta.

O primeiro capítulo busca examinar a fundamentalidade do direito de posse, extraída da compreensão da garantia do direito de propriedade, bem como dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, notadamente estar integrar a posse o grupo de direitos e reconhecidamente buscam assegurar o mínimo existencial.

O segundo capítulo expõe as dimensões dos direitos fundamentais à propriedade e à moradia, que também devem realizar os princípios da função socioambiental e da dignidade humana, podendo, inclusive, gozar de prestígio superior ao conferido ao direito de propriedade que não esteja cumprindo tal função, quadro que exige a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, voltada para a elaboração de um discurso jurídico racional.

O terceiro capítulo busca demonstrar que a concretização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, pode representar uma destinação capaz de consagrar a propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, especialmente quando constatada a consolidação de uma situação fática, ao ponto de torná-la irreversível fática e juridicamente, ao menos diante da máxima da proporcionalidade.

O quarto capítulo expõe, a título exemplificativo, três hipóteses de desapropriações privadas que, mesmo previstas no Código Civil, decorrem previsão constitucional de intervenção na propriedade privada por interesse social. Embora vinculadas ao princípio da função social, referidas hipóteses não são consideradas sanções para fins de mitigação do direito à justa e prévia indenização do valor correspondente ao núcleo mínimo essencial do direito de propriedade.

O quinto capítulo expõe que, da análise dos precedentes judiciais selecionados durante a pesquisa, é possível extrair circunstâncias fáticas e jurídicas que consubstanciam critérios mínimos para o reconhecimento da desapropriação privada indireta, formados a partir da singularidade do caso concreto, do comportamento omissivo ou comissivo praticado pelo Poder Público, e, por fim, do cumprimento da função socioambiental por parte dos interessados na solução ou responsáveis pelo conflito.

O referido capítulo expõe que tais critérios devem ser utilizados para a aferição da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, proveniente da consolidação de situações fáticas consideradas judicialmente irreversíveis, a partir da avaliação extraída dos princípios e direitos fundamentais.

Por fim, busca o quinto capítulo demonstrar que o reconhecimento da afetação consubstancia um pressuposto indispensável para a desapropriação privada indireta, configurando o produto da prevalência dos direitos fundamentais de posse, à propriedade privada e à moradia digna, frente ao direito fundamental de propriedade, aferida a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

1 A FUNDAMENTALIDADE DA POSSE E A SUA QUALIFICAÇÃO PELO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

A ideia de se examinar a possibilidade do reconhecimento judicial da ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais, exige, necessariamente, a compreensão do fenômeno possessório compatível com o momento em que vivemos.

Tal exigência decorre de duas razões de naturezas empírica e normativa: i) a primeira é a reconhecida vocação da posse para a exteriorização de valores essenciais à uma sociedade livre, justa e solidária, suficiente para consubstanciar um direito fundamental capaz de justificar a afetação da propriedade para fins de desapropriação privada indireta; ii) a segunda por ser a posse o instrumento essencial para que se efetive, empiricamente, a consagração do bem ao interesse coletivo, decorrente da consolidação da situação fática capaz de justificar o interesse social e econômico relevante¹.

Partindo-se da premissa constitucional de que vivemos em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, tendo a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos², cuidará o presente capítulo de expor a compreensão do fenômeno possessório, demonstrando que a posse, além de servir aos mencionados propósitos constitucionais, deve ser considerada um direito fundamental, seja por estar implícito na fundamentalidade da propriedade (art. 5º, *caput* e incs. XXII e XXIII, CF), seja por concretizar tanto a liberdade quanto a dignidade humana (arts. 1º, inc. III, 3º, inc. I, e 5º, *caput*, CF).

¹ A referida razão será objeto de exame no terceiro capítulo.

² Conforme preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Sendo considerada um direito fundamental, pode a posse fomentar ou colidir com outros direitos fundamentais, especialmente nos dias atuais em que ocorre escassez de moradia, habitação, refúgio e trabalho, em uma sociedade predominantemente urbana, com grandes desigualdades sociais, quadro capaz de provocar constantes tensões e conflitos envolvendo a propriedade, que transcendem as relações puramente privadas para também atingir, em circunstâncias especiais, o Poder Público. É o que se constata no exame da possibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta, na qual pode ocorrer a colisão entre a posse responsável pela afetação com a propriedade privada expropriada.

Como mencionado inicialmente, para a solução do referido quadro, adota o presente trabalho o pensamento de Alexy sobre a teoria dos princípios, com sua conexão com o princípio da proporcionalidade, por meio da qual é reconhecida a divisão das normas em regras e princípios, sendo estes considerados mandamentos de otimização que, mesmo tendo um peso abstrato *prima facie*, dependem do caso concreto para se aferir a sua exata medida e concretude³.

Segundo a teoria dos princípios de Alexy, a colisão entre princípios (ou direitos fundamentais que possuam tal natureza) deve ser solucionada por meio da técnica da ponderação (ou lei do balanceamento), compreendida a partir do princípio da proporcionalidade, que se subdivide nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros subprincípios dizem respeito às possibilidades fáticas extraídas do caso concreto. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas, por meio das quais se busca a aferição da exata medida da precedência de um princípio em relação a outro, o que é possível mediante a aplicação da lei do balanceamento/ponderação, segundo a qual quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio com ele colidente⁴.

Alexy descreve sua lei da ponderação por meio da fórmula que utiliza variáveis

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85; ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5-6 e 9-10.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85; ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5-6 e 9-10.

relacionadas à intensidade de interferência que recai sobre os princípios, o peso em abstrato dos princípios colidentes e a confiabilidade (empírica e normativa) das atribuições numéricas conferidas aos princípios aplicáveis no caso examinado. Segundo o autor, a atribuição de números busca conferir racionalidade aos argumentos utilizados no processo decisório, como proposições classificatórias que justificam a solução alcançada no caso concreto, mesmo que mediante uma argumentação que pode sofrer modificações em outras circunstâncias, inclusive, com a pretensão de correção da norma⁵.

Referido pensamento teórico permite o enfrentamento da questão relacionada ao reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, seja diante da colisão dos direitos fundamentais aplicáveis *prima facie* (posse, propriedade e moradia), seja por permitir a identificação, mesmo que em casos excepcionais, das possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam a restrição da propriedade em prol da otimização da posse, em busca de uma racionalidade mínima para o controle da fundamentação⁶.

1.1 A ATUAL COMPREENSÃO DA POSSE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Considerada e tratada tradicionalmente em nosso ordenamento jurídico como sendo, em sua essência, a mera exteriorização da propriedade ou um instrumento pelo qual o seu titular exerce os poderes estruturantes do domínio (*ius utendi, fruendi et*

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187.

⁶ Segundo o pensamento de Robert Alexy, é possível o controle de legitimidade das decisões judiciais mediante a técnica da ponderação e o exame da argumentação desenvolvida em tal processo, já que a referida técnica pode ser controlada por meio da racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso concreto (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. XI). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 187.

abutendi)⁷, fruto de uma sociedade caracterizada pelo individualismo e conservadorismo reinante na maior parte do século passado, sofreu a posse uma substancial transformação nas últimas décadas, alavancada, essencialmente, pelos ideais democráticos e sociais constantes da Constituição Federal de 1988, bem como pela constatação de sua potencialidade para a concretização de direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Referidas transformações também decorrem da própria reconfiguração dos principais institutos do direito privado, decorrente do movimento denominado de constitucionalização do direito civil e da conseqüente socialidade instituída pela edição do Código Civil de 2002, notoriamente inspirado não apenas pelos ideais constitucionais já citados, mas também pelas transformações sociais e econômicas experimentadas pela sociedade a partir da segunda metade do século passado⁸.

Descrita na norma civil como sendo o fato do exercício, pleno ou não, de um dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196, CC), e sendo classicamente explicada a partir das já conhecidas teorias subjetiva e objetiva, não causa surpresa a vinculação do instituto possessório com o direito de propriedade, como uma referência, seja no tocante à sua configuração ou qualificação a partir do elemento estrutural subjetivo, conhecido como *animus*, seja na sua tipificação ou qualificação decorrente de seu elemento objetivo, denominado *corpus*, ambos indiscutivelmente vinculados, como dito, ao domínio, ora para manifestar a intenção do titular do direito de querer ser dono (*animus domini*), ora para externar o agir como dono, mesmo sem desejar sê-lo (*animus implícito no corpus*, qualificado objetivamente pela *affectio tenendi*)⁹.

⁷ IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 11-17.

⁸ REALE, Miguel. **Diretrizes da reforma do Código Civil**. Revista do Advogado, n. 19, p. 5-12, out. 1985.

⁹ “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” (IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Rideel, 2005. p. 49-50).

Tendo a propriedade como parâmetro normativo para a sua própria configuração, impossível não sofrer a posse as influências individualistas e burguesas reinantes nos períodos finais do Brasil Império e iniciais do Brasil República, cujas compreensões de cidadania, poder ou importância ainda eram inexistentes ou, supervenientemente, foram direcionadas para a sedimentação do que restou convencionado como direitos e garantias individuais ou de defesa, especialmente contra intervenções do Estado nas esferas da liberdade e do patrimônio, garantindo-se o que se percebia como igualdade formal, sem a devida preocupação quanto à função social que poderia ser conferida em prol do bem comum, época em que o “ter” era mais valorizado que o “ser”^{10 11}.

Basta conferir que a definição de propriedade até então era promovida a partir apenas dos elementos estruturais (interno ou econômico – usar, gozar e dispor – e jurídico ou externo – reivindicar), considerados poderes do proprietário, sem qualquer referência ao aspecto funcional do direito, considerado “estranho ao Código Civil”¹². Neste sentido, prescreve Amaral que o direito civil do início do século passado seguia a “realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela”¹³, expondo que

[...] do ponto de vista ideológico, consagra princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico¹⁴.

¹⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo a verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 37.

¹¹ Neste sentido, expõe Tepedino: “De uma parte, o ordenamento assegurava ao titular do direito de propriedade um instrumental de tutela da senhoria, esgotando-se, assim, no direito subjetivo individual do proprietário a possibilidade de aproveitamento econômico do bem. De outra, garantia ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem a detivesse, conferindo-lhe legitimidade para o exercício de ações postas à sua disposição para afastar as ingerências externas - ações possessórias e as ações petitórias -, circunscrevendo-se assim a tutela jurídica do domínio como expressão máxima do direito subjetivo patrimonial” (TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 52).

¹² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323.

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

¹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

Ficava a posse restrita a uma vinculação estrutural¹⁵, correlata aos limites do domínio e poderes do proprietário, sendo protegida, ao menos para os adeptos da teoria objetiva da posse – adotada, segundo grande parte da doutrina^{16 17}, pelo ordenamento brasileiro –, em prol do direito de propriedade, já que o possuidor, presumidamente, era o proprietário. Por tais razões, a posse era definida como sendo a exteriorização ou visualização do domínio, até mesmo por não ter sentido algum a existência da propriedade desprovida da posse¹⁸. Neste sentido, expõe Tepedino:

Por um longo período, os civilistas procuraram manter a proteção dos seus espaços de liberdade, considerando agressão à liberdade privada as interferências do Estado no direito de propriedade. Na dogmática civilística clássica, estudava-se a propriedade do ponto de vista exclusivamente estrutural (a partir da estrutura de poderes atribuídos ao proprietário). De fato, o Código Civil brasileiro de 1916, assim como outros Códigos de ordenamentos da família romano-germânica, limitava-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. De um lado, o conteúdo econômico

¹⁵ Segundo Gustavo Tepedino: “O Código Civil de 1916, contudo, não cogitava do aspecto funcional do instituto, no sentido que se dá hoje à função social, como elemento jurídico, vale dizer, como aspecto efetivamente presente no núcleo de poderes do proprietário. Limitava-se a propriedade apenas externamente por normas de ordem pública, as quais impediam atos emulativos por parte do proprietário” (TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 53).

¹⁶ Neste sentido: ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Posse**. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p.33; ALVIM NETO, José Manoel Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598). ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35; CORREA, Orlando de Assis. **Posse e Ações Possessória: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 21-22; FRANÇA, R. Limongi. As teorias da posse no direito positivo brasileiro. In: **Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 673; VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, JUDITH [Org.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 828; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.18; SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.22; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direitos das Coisas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 38; PONTES, Tito Lívio. **Da posse**. 2 ed. São Paulo: EUD, 1977, p.27; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 26; ROSA, Alcides. **Noções de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1947, p. 90; e SANTOS, Ernane Fidelis dos Santos. **Comentários ao novo Código Civil, volume XV: da posse**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

¹⁷ Conforme expõe Arruda Alvim, “tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 assumira, francamente, a posição da teoria objetiva em relação à posse, segundo a qual a posse gravita, fundamentalmente, em torno da propriedade”, sendo esta a ideia central de Ihering (ALVIM NETO, José Manoel Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 568-598, p. 573).

¹⁸ VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 816 e 828.

do domínio ou senhoria, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. De outro, o conteúdo propriamente jurídico, consubstanciado na faculdade de repelir, mediante ações próprias, a ingerência alheia. Percebe-se, pois, a posituação do direito de propriedade como garantia estrutural de poderes conferidos ao titular do direito subjetivo com vistas à tutela do conteúdo econômico e jurídico do domínio¹⁹.

As mudanças sociais e econômicas experimentadas pela sociedade brasileira especialmente a partir da década de 1930, contudo, deflagraram um processo de alteração substancial do referido panorama, provocado, em termos sociais e econômicos, não apenas pela industrialização do país, mas da inevitável urbanização da população, cujo crescimento adquiriu progressão geométrica, ao ponto não apenas de ter duplicada a população, mas também de ter invertida a densidade demográfica de rural para urbana^{20 21}. Expondo tal cenário, registra Sant'Anna:

O ano de 1930 é também considerado por alguns autores como o da "Revolução Industrial" no Brasil. A Crise de 1929 terminou por enfraquecer a cafeicultura (que já estava em declínio desde a abolição da escravidão em 1888), determinando a transferência do capital para a indústria, o que associado à presença de mão-de-obra e mercado consumidor justificou a concentração industrial no Sudeste, especificamente em São Paulo. A industrialização fez com que as cidades se transformassem em locais atraentes para os trabalhadores e suas famílias. A urbanização e o êxodo rural foram bastante significativos nessa época, tal como no mundo todo²².

O quadro exposto fez surgir novos conflitos, ampliando as desigualdades, conforme observa a mesma autora ao afirmar que “a formação da cidade no Brasil trouxe consigo a desigualdade e a concentração de pobreza”, apesar de também gerar novas expectativas quanto aos chamados direitos sociais²³.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 53

²⁰ Neste sentido: GOBBI, Leonardo Delfim. **Urbanização brasileira**. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/geografia/assunto/urbanizacao/urbanizacao-brasileira.html>>. Acesso em: 07 set. 2016); e BORDO, Adilson Aparecido. **Os eixos de desenvolvimento e a estruturação urbano-industrial do Estado de São Paulo, Brasil**. Brasil: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Barcelona, Vol. IX, núm. 194 (79), 1 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-79.htm>>. Acesso em: 07 set. 2016).

²¹ Vide: FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 79-101.

²² SANT'ANA, Mariana Senna. **Estudo de impacto de vizinhança: instrumento de garantia da qualidade de vida dos cidadãos urbanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 73.

²³ Expõe a autora: “Desde o início da industrialização até os dias atuais, as cidades começaram a ser vistas como a esperança dos trabalhadores e suas famílias. Como no mundo todo, os centros urbanizados trouxeram uma visão de possível avanço e modernidade em relação ao campo. Entretanto, a formação da cidade no Brasil trouxe consigo a desigualdade e a concentração de

No aspecto jurídico-constitucional, sofremos os reflexos da chamada constitucionalização do direito civil, capitaneada, segundo a doutrina²⁴, por Perlingieri, cujos ensinamentos anunciam uma reformulação dos valores e estruturas do direito civil, iluminada pelo ordenamento jurídico como um todo, tendo como guia os princípios constitucionais²⁵ ²⁶. Neste sentido, afirma Penteado que ocorreram grandes conquistas decorrentes do tratamento constitucional conferido ao “direito à propriedade, da função social, da proteção do meio ambiente, assim como a tomada de posição a favor da livre iniciativa”, pois representa uma mudança metodológica capaz de rearticular o discurso sobre temas tradicionais, tendo o “direito civil constitucional como método auxiliar à dogmática da teoria geral do direito privado”²⁷.

pobreza. Pela quantidade de pessoas que convivem juntas em uma mesma área, bem como pelo tipo de estrutura de suas organizações, grandes cidades misturam seus limites e cada vez mais pessoas se concentram diante dos mesmos problemas jurídicos, urbanísticos, econômicos, políticos, etc. A ocupação do solo atualmente é caótica em quase todas as grandes cidades brasileiras e seus arredores, onde são formadas as áreas de conurbação. O fato é que as cidades grandes têm se agigantado cada vez mais, algumas chegando à categoria de megalópoles. Nesse processo, a qualidade de vida tem sido perdida. As pessoas têm se contentado com menos qualidade em suas vidas desde estejam, pelo menos, perto do sucesso, da tecnologia, do modo de vida que vislumbram um dia ter (e que, em geral, nunca terão)” (SANT`ANA, Mariana Senna. **Estudo de impacto de vizinhança**: instrumento de garantia da qualidade de vida dos cidadãos urbanos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75).

²⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Posse**. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p.73.

²⁵ Neste sentido, após expôr que a “Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, precedendo, na ordem, as normas” vigentes em uma comunidade, afirma Perlingieri que “o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera”, não existindo, em abstrato, um ordenamento, mas sim, “os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificada”, razão pela qual “a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5).

²⁶ Abordando a constitucionalização do direito civil: FACHIM, Luiz Edson Fachim. **O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional**. In: Revista autônoma de direito privado. Curitiba: Juruá, n. 1, 2006, p. 161; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40-43; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-329; LÔBO, Paulo Luiz. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005; LIMA, Getúlio Targino. **Apontamentos a respeito do direito de propriedade**. In: LOTUFO, Renam. (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008, p. 47; SOARES, Mário Lúcio Quintão. BARROSO, Lucas Abreu. **A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica**. In: BARROSO, Lucas de Abreu (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 74. Tal pensamento, segundo o autor, não trouxe novidade em termos metodológicos, pois representa um “neo-positivismo que, ao invés de centrar-se no Código, centra-se na Constituição para descer depois ao Código” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.73).

A consequência que mais importa em relação ao tema tratado no presente trabalho foi a mudança de perspectiva socioambiental em relação tanto ao direito de propriedade, quanto ao titular de tal direito, já que se tornou nítida a necessidade de uma nova compreensão dos elementos estruturais do domínio, até então predominantemente percebidos como poderes quase absolutos à disposição do titular, moldada a partir do aspecto funcional do direito de propriedade, agora tido como não mais individualista²⁸, mas sim, voltado para a satisfação dos anseios sociais e ambientais^{29 30}.

Referida mudança repercutiu no direito possessório, não apenas pelo vínculo normativo entre os elementos estruturais da posse e da propriedade (arts. 1.196 e 1.228, do CC), mas principalmente pelo espectro mais abrangente não apenas da garantia do direito fundamental de propriedade, mas também do próprio princípio constitucional da função socioambiental da propriedade (arts. 5º, caput e incs. XXII e XXIII), que também abarca o direito fundamental de posse e a sua necessária função socioambiental.

É reconhecida a fundamentalidade do direito de propriedade, fortemente desenvolvida para a proteção do respectivo titular do direito, notadamente frente a indesejada intervenção do Estado na propriedade privada, alegadamente capaz de impedir o desenvolvimento econômico, ainda sob a influência do liberalismo, não se exigindo do referido titular, diante de tal dimensão negativa ou liberal³¹, qualquer

²⁸ Apesar da função individualista da propriedade, fortemente indenticada no Brasil no início do século passado, era possível vislumbrar uma espécie de função social da obra de Locke, que estabelecia uma justificação da propriedade por meio do trabalho, como um critério de produtividade, mesmo que por meio de uma propriedade individual. A referida função social se encontrava dentro de um contexto econômico de desigualdades, pois cada homem podia ter tanto quanto podia usar, sem prejuízo para ninguém, pois havia terra no mundo para o dobro de habitantes, quadro que permaneceu até a substituição da propriedade adquirida pelo trabalho pela propriedade adquirida pelo dinheiro (LOCKE, John. **Dois tratados sobre governo**. Tradução: Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 419 e 426). De qualquer forma, o pensamento de Locke foi marcado pela noção de cidadania construída por meio do “ter”, não do “ser” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo a verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 37).

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 49-51.

³⁰ Amaral afirma que “a função social liga-se ao exercício da propriedade de acordo com as exigências do bem comum. Significa que o proprietário não tem apenas poderes, mas também deveres no exercício do seu direito” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146).

³¹ Sobre tal dimensão dos direitos fundamentais, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos

comportamento mais enfático ou incisivo quanto ao destino conferido à sua propriedade, mesmo que nitidamente egoístico ou completamente fora do contexto econômico e social já facilmente perceptível em tal momento^{32 33}.

Tal quadro pode ser facilmente percebido até mesmo em razão do panorama constitucional relacionado aos princípios da propriedade privada e da pretensa função social, que, mesmo positivados, atuavam como cláusulas protetivas à disposição do titular do domínio do que comandos ou mandamentos, voltados para a prática de condutas positivas em prol da comunidade na qual está inserida. Referidos princípios serviam mais como fundamentos para as restrições da conduta do Estado do que imposições de condutas para os titulares do direito, que, mesmo tendo que submeter sua vontade, caso desejassem praticar qualquer conduta, às normas cogentes relacionadas ao interesse público, não poderiam sofrer qualquer imposição quanto à sua omissão quanto ao agir socialmente esperado ou necessário frente à comunidade.

É o que se percebe das Constituições promulgadas ou outorgadas até a década de 1960, que, mesmo inspiradas na socialidade propalada por ordenamentos estrangeiros, especialmente os do México (1917) e da Alemanha (1919)³⁴, cuidaram apenas de conformar o comportamento positivo do titular do direito de propriedade às exigências de interesse público, sem uma efetiva previsão de condicionamento à garantia do direito de propriedade, muito menos ordem impondo comportamento voltado para a realização de uma função socioambiental, mesmo que compatível com a propriedade privada, pena da aplicação de sanções constitucionalmente estabelecidas^{35 36}.

direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 546.

³² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

³³ Neste sentido: OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121-124.

³⁴ ALVIM NETO, José Manoel Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 573 576.

³⁵ Neste sentido: “As Constituições brasileiras de 1946 e de 1967 (com a Emenda I, de 17.10.1969) faziam referência à função social da propriedade. A norma constitucional de 1946 incluiu a propriedade entre os alicerces da ordem econômica, além de mencionar, pela primeira vez, a função social da propriedade autonomamente (art. 147). Da mesma forma, o Texto Constitucional de 1967 revelava a preocupação do ordenamento brasileiro com a função social, disciplinada no art. 160, III,

A Constituição Federal de 1988, contudo, modificou profundamente tal panorama normativo, pois prescreveu, em dois momentos distintos, tanto o estabelecimento de um comportamento socialmente relevante como condição para a própria garantia da defesa do direito de propriedade – seja em uma perspectiva vertical relacionada ao poder público, seja na ótica da horizontalidade das relações privadas –, quanto a exigência de um comportamento positivo, inclusive, mediante imposição do Estado, sob pena de aplicação de sanções como a perda do próprio direito de propriedade.

No momento voltado para o estabelecimento dos direitos e deveres individuais e coletivos, dentro dos chamados direitos e garantias fundamentais, prescreveu a Constituição atualmente em vigor que, mesmo sendo a propriedade um direito da mesma grandeza ou valor do que os direitos à vida e liberdade (art. 5º, *caput*) e sendo garantido seja na ordem público, seja na ordem privada, tal garantia está umbilicalmente vinculada ao cumprimento da função social, ou seja, à função social outorgada pelo proprietário ao seu direito, não mais admitindo condutas individualistas ou egoístas, quadro que “alça o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental”³⁷.

Já no momento que descreve os princípios gerais da atividade econômica, a política urbana e a política agrícola, fundiária e da reforma agrária, prescreveu a Constituição de 1988 que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente, disposição que indiscutivelmente conforma o direito de propriedade e impõem ao

como princípio de ordem econômica e social. Apesar disso, o tema nunca havia adquirido eficácia jurídica propriamente dita” (TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 53).

³⁶ Varela e Ludwig expõem que as mudanças paradigmáticas relacionadas à propriedade somente ocorreram a partir da década de 1950, sendo nítido o modelo de direito “ eminentemente individualista e com fulcro patrimonial, sendo o interesse social, aqui, entendido como um limite externo, de direito público, longe de configurar um elemento conformador de um novo perfil do direito de propriedade privada” (VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 774-776).

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 54.

seu titular um comportamento diametralmente oposto ao existente quando da promulgação das primeiras Constituições da República (art. 170).

No mesmo momento, a Constituição prescreve normas que impõem ao proprietário urbano e rural um comportamento vinculado ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (urbano), bem como ao aproveitamento racional e adequado, à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, à observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, tudo sob pena de desapropriação sanção, dentre outras medidas previstas para o imóvel urbano (arts. 182 e 186).

Já sob a égide da referida Constituição, foi editado o Código Civil de 2002, que também estabeleceu a imposição mencionada, dispondo 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”, sendo “defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (art. 1.228, §§ 1º e 2º). Dispôs, ainda, 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” (art. 2.035).

Vale ressaltar que as disposições mencionadas demonstram não apenas o novo contorno do direito fundamental de propriedade, mas ainda, que a conduta do titular do referido direito também tipifica um dever fundamental, assim considerado como sendo “uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”^{38 39}. Ou seja, concomitantemente ao reconhecimento da existência de

³⁸ Conceito elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores doutores Daury Cesar Fabriz, Adriano Sant’Ana Pedra e Carlos Henrique Bezerra Leite, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e

direitos fundamentais, são de igual maneira reconhecidos os deveres fundamentais impostos não apenas ao Estado, mas também a todos da comunidade, por vezes essenciais à realização dos próprios direitos fundamentais.

Referidos deveres fundamentais estão fundamentados na solidariedade normativa descrita explícita (art. 3º, inc. I, da CF) ou implicitamente na Constituição Federal⁴⁰ ⁴¹, bem como na fundamentalidade material decorrente da constatação tanto da incapacidade de o Estado concretizar, por si, as necessidades básicas e essenciais das pessoas, quanto da interdependência entre os destinatários dos direitos fundamentais, necessária para uma coexistência harmônica, ou seja, como condição de sobrevivência em sociedade^{42 43}.

Em relação ao aspecto formal, merece destaque que os deveres fundamentais repercutem na liberdade das pessoas em prol da solidariedade, devendo, por conseguinte, constar da Constituição Federal expressamente ou implicitamente. Vale ressaltar, contudo, que o reflexo sobre a liberdade não mitiga a liberdade, mas sim, garante a liberdade de todos que vivem em comunidade⁴⁴. Neste sentido, conforme

Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

³⁹ Nabais leciona que “os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objectivos do bem comum” (NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64).

⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**. n. 4. 1987, p. 329-341.

⁴¹ José Casalta Nabais afirma que podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que o possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na constituição (NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2016).

⁴² PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais**: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 281-301.

⁴³ Conforme exposto em outro trabalho acadêmico, a mencionada “a solidariedade é um autêntico respeito pela espécie humana e também por seu entorno natural e social. O ‘outro’ não é alguém fora de sua vida. Ou seja, as pessoas não só devem comportar-se no sentido de que suas condutas não causem dano ao ‘outro’, mas também a ética dos direitos humanos baseia-se na prática da solidariedade.” (PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. **A função social da propriedade como um dever fundamental**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1681/1597>>. Acesso em: 05 dez. 2015).

⁴⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. **A função social da propriedade como um dever fundamental**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1681/1597>>. Acesso em: 05 dez.

já também exposto em outro trabalho acadêmico, a compreensão dos deveres conjugada com a ideia de solidariedade, transparece que os deveres seriam, na verdade, resíduo do conceito de supremacia do Estado, desmistificando o pensamento de que são “garantidas ao cidadão apenas liberdades (natureza individual) sem quaisquer responsabilidades (natureza comunitária), ao contrário o homem é um ser ao mesmo tempo livre e responsável”⁴⁵.

Já no tocante à fundamentalidade material, servem os deveres fundamentais para suprir necessidades básicas ou essenciais da pessoa humana, notadamente em relação a si mesma, a outra pessoa ou em relação à comunidade⁴⁶. São exemplos os deveres fundamentais de educar-se quanto às condutas necessárias para a preservação do meio ambiente, educar os filhos quanto a tais condutas e, por fim, praticar tais condutas em prol da comunidade.

O reconhecimento da existência dos deveres fundamentais impõe condutas proporcionais extraídas do ordenamento democrático, muitas vezes identificados como sendo condutas exigíveis de uma pessoa em condições medianas, não sendo em regra possível exigir condutas exorbitantes ou de onerosidade excessiva, quadro suficiente para justificar ou não eventual aplicação de sanção ou simplesmente reconhecer a ocorrência de consequências jurídicas em desfavor de quem não cumpre tais deveres⁴⁷.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Comparato^{48 49} expõe que:

[...] quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado

2015.

⁴⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. **A função social da propriedade como um dever fundamental.** Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1681/1597>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

⁴⁶ PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. **A função social da propriedade como um dever fundamental.** Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1681/159>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

⁴⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**. n. 3. 1986, p. 17.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

⁴⁹ No mesmo sentido: REZEK, Gustavo Elias Kallás et al. **Amplitude do Princípio da Função Social da Propriedade no Direito Agrário.** Curitiba: Juruá, 2006, ps 60-61.

brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de uma política de distribuição equitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias”.

Pelas referidas razões, defende Comparato a existência de uma imposição “a todo proprietário, de dar a certos e determinados bens uma destinação social”, pena de ocorrer uma “lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade”⁵⁰. Em outras palavras, sustenta o autor que a existência de um dever fundamental de cumprimento da função social da propriedade por seu titular é a condição para a existência do direito fundamental de propriedade ou a propriedade^{51 52}.

O exposto demonstra que os reflexos jurídicos provocados pelas mudanças sociais e econômicas atingem, como já mencionado, o aspecto estrutural do direito de propriedade, não para a sua ruína ou fragilização, mas sim, para a sua conformação a realidade contemporânea, tanto que permanece hígido o princípio da propriedade privada (art. 170, inc. II, CF), cujos poderes, todavia, são concomitantemente considerados deveres, ao ponto de se exigir um agir, uma fruição e uma disposição conformada pela função, pena, inclusive, de perda da garantia de proteção constitucional⁵³.

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

⁵² No mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

⁵³ Neste sentido: “Pode parecer que a função social da propriedade significa uma espécie de derrogação da propriedade privada, verdadeira conspiração anticapitalista encravada no seio dos interesses do proprietário. Pode ainda parecer que a função social da propriedade representa um golpe contra a liberdade do proprietário de escolher a forma como bem (ou mal) pretende exercer o domínio sobre o bem que lhe pertence. Estas leituras não coincidem com a finalidade do princípio ora em comento. A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concebida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida. A análise sistemática do direito de propriedade concebido pela Constituição Federal informa que a propriedade não pode ser reduzida de qualquer valor (propriedade formal), como um decadente título de nobreza. O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como persegui-la contra quem injustamente a detenha. A propriedade continua tendo seu conteúdo protegido, cabendo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, gozo, limites, sempre no intuito de favorecer a função social da propriedade. O proprietário mantém seu status de dono, apesar

A propriedade, no referido contexto, submete-se a um regime jurídico peculiar, sendo possível notar que a mesma evoluiu de uma “noção liberal de direito subjetivo, até chegar à noção contemporânea de relação jurídica complexa”⁵⁴, na qual está submetida a direitos e deveres previstos em vários ramos do direito, com fundamento na prescrição constitucional de garantia do direito de propriedade mediante o cumprimento da sua função social.

Há que se destacar que o presente trabalho segue a premissa de que a imposição constitucional de a propriedade cumprir a função social compõe um elemento interno do referido direito, integrando o seu conteúdo ao lado do aspecto estrutural notoriamente conhecido, razão pela qual considera que os poderes do proprietário são também deveres funcionais, sem os quais não haverá a garantia constitucional da propriedade⁵⁵.

Assim, diante da referibilidade da posse em relação à propriedade descrita no Código Civil (art. 1.196)⁵⁶, o vínculo indicado pela teoria objetiva de Ihering de um dos elementos estruturais da posse (*corpus*) com as faculdades inerentes ao direito de propriedade (art. 1.228) serve como uma espécie de "conexão", suficiente para não apenas guiar o caminho da posse, mas também para, inevitavelmente, agregar

da necessidade de controle social sobre o seu comportamento, significando que terá seu direito respeitado e tutelado contra qualquer lesão seja particular seja pública. A função social não significa assim, uma derrogação da propriedade privada, que continua existindo (e prestigiada), mas um instrumento de garantia da própria propriedade, uma vez que representa a defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização” (GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 417-419).

⁵⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

⁵⁵ O presente trabalho segue a premissa de que a função social da propriedade compõe um elemento interno do referido direito, integrando o seu conteúdo ao lado do aspecto estrutural notoriamente conhecido, razão pela qual considera que os poderes do proprietário são também um deveres funcionais, sem os quais não haverá a garantia constitucional da propriedade. Neste sentido: TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 58. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 282; SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245; LIMA, Getúlio Targino. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renam. (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, ps. 179-180; e GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 405 e 419.

⁵⁶ VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 800 e 810.

à mesma os vícios ou virtudes da propriedade, ora para identificá-la como individualista (caso seja esta a característica do domínio do momento), ora para fortalecê-la pelo propósito da sociabilidade que inspira a função sociambiental (caso seja este o propósito do momento), ora, por fim, para promovê-la à condição de direito fundamental.

A menção à teoria de Ihering decorre apenas do entendimento de ter a mesma sido, como mencionado antes, adotada pelo ordenamento civil brasileiro, sendo necessário registrar que há entendimento no sentido de que a valorização funcional da posse estabelece um prestígio à teoria subjetiva, já que prestigia a proteção do possuidor em si, ou seja, desvinculado ao direito de propriedade⁵⁷, posição aparentemente equivocada, seja pela vinculação, na teoria subjetiva, do ânimo do possuir ao desejo de ser proprietário (*animus domini*), seja por ser a função social, em si, suficiente para a consolidação de uma teoria distinta, conforme será exposto.

A ressalva é relevante, pois a posse assume, nos dias atuais, o protagonismo reivindicado pela atualidade em razão dos já referidos avanços (ou mudanças) sociais e econômicos, desvinculando-se de conexões que negam vida e dignidade próprias, sendo potencialmente adequada não apenas para proporcionar poderes semelhantes ao da propriedade (uso, fruição, disposição e reivindicação⁵⁸), mas também deveres decorrentes de uma “consciência social”, exigida pela comunidade na qual se integra.

Como consequência, a definição legal da posse deixa de seguir o vínculo com os elementos estruturais da propriedade, para ter como parâmetro o vínculo com o seu elemento funcional, constitutivo do direito de propriedade, passando a ser compreendida e interpretada como sendo o fato do exercício do poder sobre a coisa, segundo as expectativas e exigências socioambientais, também exigidas em relação ao direito de propriedade.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 75-76.

⁵⁸ A posse proporciona praticamente as mesmas faculdades de usar e gozar, distinguindo-se em relação ao dispor e à reivindicação. Todavia, enseja a disposição e a reintegração da posse, muitas vezes com a mesma importância que é conferida à disposição e reivindicação do domínio.

Também deve ser reconhecido o vínculo da posse com a propriedade, relacionado à sua vocação para proporcionar a aquisição do domínio. Mesmo não podendo ser considerado o seu principal propósito, permanece a posse vinculada ao direito de propriedade, ou melhor, ao direito à propriedade, também considerado um direito fundamental, por integrar, ao menos para alguns⁵⁹, o que se denominaria mínimo essencial da pessoa humana, que seria mais do que ter apenas uma segurança fática quanto à moradia, trabalho, etc, mas também, a segurança jurídica dos bens que possui.

Referido propósito não pode ser considerado primordial tendo em vista a potencialidade singular da posse de realização da dignidade humana, por ser, em si mesma, o instrumento mais propício para a finalidade de conferir ao possuidor

[...] respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁶⁰.

A dignidade humana é considerada um “imperativo ético existencial”, que se insere no ordenamento jurídico brasileiro ora como um princípio constitucional que fundamenta a República (art. 1º, III, da CF), ora como um valor que integra o núcleo essencial de outros direitos fundamentais, tanto que, em razão dessa dimensão axiológica, “pode-se afirmar que, no momento da concretização normativa, quando da realização da hierarquização de valores que constitui toda e qualquer interpretação sistemática, haverá uma prevalência do valor dignidade sobre os demais”⁶¹.

No referido sentido, merece registro trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Melo, em julgamento paradigma do reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar, quando afirma que “o postulado da dignidade

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 306-307.

da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada sistema de direito constitucional positivo”. Diz o Ministro, ainda, que:

O princípio constitucional da busca felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais^{62 63}.

Conforme esclarecem Fachin e Ruzyk, “sendo a dignidade da pessoa humana valor que antecede o direito e o informa, e, ainda, princípio elevado a fundamento da República, acaba por se constituir valor supremo do sistema jurídico”, consubstanciando um “vetor fundamental na operacionalização dos institutos jurídicos, tanto os de Direito Público como os de Direito Privado”⁶⁴. Por tal razão, afirmam os autores a necessidade de releitura de todos os institutos do Direito Civil tais como a propriedade, a família e o contrato, objetivando “preservar e promover a dignidade da pessoa humana”, inclusive nas relações puramente privadas⁶⁵.

O objetivo exposto pelos autores de uma revisão dos principais institutos decorre do reconhecimento de que o racionalismo, inspirado na visão kantiana de dignidade e fundado na razão instrumental regulatória, utilizado na modernidade com a pretensão central de se atribuir ao direito previsibilidade e segurança, por meio do discurso puramente formal, de conceitos estáveis e da neutralidade do operador jurídico, acabou provocando o que se denominou de individualismo, patrimonialismo e abstração, características que ensejaram desigualdades e a necessidade da “personalização” do direito civil, “colocando a pessoa humana no centro das

⁶² STF. RE 477.554 AgR, rei. min. Celso de Mello, j. 16-8-2011, 2a T, DJE de 26-8-2011.

⁶³ Conforme expôs o Ministro Eros Grau do STF, “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”. STF. ADPF 153, voto do rei. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.

⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.) **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 308.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 310.

preocupações no Direito”, agora com outro fundamento⁶⁶. Vejamos:

A dignidade da pessoa humana é dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas no âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade. Não se cogita do individualismo abstrato do liberalismo nem, tampouco, de concepção coletivista que coloca o todo como ente diverso dos seres concretos que o compõem – ou seja, como ente também abstrato a ocupar um lugar metafísico⁶⁷.

Conforme expõem Fachin e Ruzyk, busca a personalização do Direito Civil, decorrente da revisão dos seus principais institutos provocada pelos valores inerentes ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a proteção da pessoa humana “em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade”, já que não mais “é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética da alteridade, jamais individualista”⁶⁸. Neste sentido, expõe Tepedino que

[...] ao definir os Fundamentos e os Objetivos Fundamentais da República, subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais”, descrevendo como princípio-valor e como objetivo fundamental, respectivamente, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e a construção de sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social) e o dever de diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial), princípios que não podem ser reduzidos à letra morta, devendo, ao reverso, vincular os titulares de direitos patrimoniais e definir o conceito jurídico de função social⁶⁹.

Segundo Tepedino, não é mais admissível, diante das disposições constitucionais, que a propriedade fique “imune à ingerência do Poder Público”, em benefício do seu titular, para que o mesmo não fique subordinado “aos interesses socialmente relevantes”. Expõe o autor que, ao contrário, está o proprietário subordinado a tais interesses, especialmente em defesa “do meio ambiente equilibrado, notadamente diante da imposição de cumprimento da função social como expressão da

⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 311.

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 311.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-321, p. 312.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 55.

solidariedade, igualdade e dignidade humana”⁷⁰.

Justamente diante da propalada revisão proporcionada pela constitucionalização do Direito Civil, ganha a posse o já mencionado papel autônomo em relação à propriedade, seja por inevitavelmente abstrair a consideração do “ter” em seu sentido patrimonialista e individualista, seja por permitir o reconhecimento do “ser” na sua dimensão coexistencial, capaz de concretizar não apenas o princípio, mas também os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como aqueles que consubstanciam o que reconhecido mínimo existencial.

Assume a posse, por conseguinte, a sua vocação para garantir as condições mínimas de existência digna, voltada para assegurar o “acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos”⁷¹, tais como o direito à moradia e à segurança jurídica. A referida vocação é inerente à finalidade social que deve nortear o direito possessório, seja por ser um importante instrumento por meio do qual ocorre faticamente a realização dos valores propostos pela Constituição (art. 1º e 3º), seja por também ser destinatário do princípio constitucional da função social da propriedade, previsto nos artigos 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III.

A exemplo do que ocorre com a propriedade, tratada na Constituição Federal como um direito fundamental garantido mediante o cumprimento da função social, que concretiza os princípios da dignidade e liberdade humana, deve a posse também ser reconhecida com um direito fundamental. Mesmo sendo institutos jurídicos autônomos, a previsão relacionada à fundamentalidade formal da propriedade também engloba a fundamentalidade da posse, notadamente por ser o instituto pelo qual se garante o exercício da liberdade em relação às coisas, conferindo dignidade por conta não apenas do que pode proporcionar em termos de mínimo existencial, mas também da realização de outros direitos fundamentais, como o labor, a moradia e até mesmo o direito à propriedade.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 55.

⁷¹ STF. ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2a T, DJE de 15-9-2011. É possível extrair do referido julgamento que entende o STF que a noção de “mínimo existencial” resulta, por implicitude, dos preceitos constitucionais previstos nos artigos 1º, III, e 3º, III, da CF.

Referida fundamentalidade ganha especial importância para o enfrentamento da questão posta no presente trabalho, pois pode justificar, mesmo que excepcionalmente, o reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, suficiente para provocar o fenômeno da afetação do bem ao interesse público e, conseqüentemente, da desapropriação judicial de natureza indireta e privada, por ser deflagrada sem o prévio devido processo legal e por atos possessórios praticados por particulares.

A aferição do interesse social e econômico relevante ocorre judicialmente, mediante o exame das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas no caso concreto, aferidas justamente diante das particularidades do fenômeno possessório, sendo que, configurada a afetação, ocorrerá a mitigação do direito fundamental de propriedade em prol de outros direitos fundamentais como o de posse, moradia, labor, etc, quadro que pode ser justificado por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja racionalidade é demonstrada pela lei dos princípios colidentes e pela técnica da ponderação (Alexy).

1.2 O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme exposto no início do presente capítulo, vivemos em um Estado Democrático que, segundo preâmbulo do texto constitucional, é destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, tendo como valores máximos a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. O texto constitucional, inclusive, esclarece nossa República Federativa constitui um Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de origem,

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para que sejam visíveis os referidos fundamentos e alcançados os objetivos descritos, torna-se essencial a releitura de alguns de seus principais institutos, especialmente no âmbito privado e a partir dos seus aspectos ou elementos teleológicos. A afirmação decorre da própria noção de Estado democrático de direito, cuja essência é a admissão de sociedade plural e democrática, capaz de conviver com a diversidade de pensamentos e valores, além de inevitáveis tensões ou conflitos envolvendo seus direitos fundamentais, solucionáveis, dentre outras alternativas, por meio da já mencionadas técnica da ponderação e da máxima da proporcionalidade. No referido contexto, ganha especial destaque, especialmente nas relações privadas, os direitos de propriedade e posse, indiscutivelmente responsáveis pela concretização da dignidade humana e dos direitos fundamentais à moradia, à propriedade, ao labor, dentre outros.

Conforme salienta Branco, existe uma relação recíproca indissociável entre democracia e direitos fundamentais, já que, se é certo afirmar que “os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”, também deve ser reconhecido que “a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais”. Referidos direitos, conforme exposto pelo autor, são vocacionados a conciliarem o “poder estatal com os reclamos humanísticos e democráticos”, razão pela qual deve o Estado ser estruturado “sobre o pilar ético-jurídico-político do respeito e da promoção dos direitos fundamentais”⁷².

A revisão dos direitos de propriedade e posse é necessária justamente por tais direitos permitirem tanto o avanço na realização dos direitos fundamentais e do fomento do grau de democracia de uma sociedade, quanto à manifestação de uma sociedade democrática capaz de viabilizar a eficácia de direitos fundamentais, quadro que repercute no já mencionado exame da ponderação de direitos fundamentais, necessária seja para a aferição da prevalência de um princípio sobre

⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

o outro, seja para a própria identificação da consagração de uma propriedade privada ao interesse social, normalmente aferida por meio da posse qualificada com os valores atualmente reinantes da sociedade, ou seja, do cumprimento da função socioambiental.

Para a compreensão do cumprimento da função socioambiental, torna-se relevante o registro das principais teorias que tratam do fenômeno possessório, bem como do aspecto democrático dos direitos fundamentais, com o intuito de se ratificar o que já foi exposto sobre o fenômeno possessório, especificamente sobre sua vocação para a realização do mínimo assegurado à existência humana, a partir de uma visão democrática do instituto.

Por terem influenciado vários diplomas normativos em todo o mundo ocidental, é notoriamente reconhecido na doutrina a importância das conhecidas teorias subjetiva e objetiva da posse, elaboradas, respectivamente por Savigny e Ihering⁷³, ambas, a partir dos seus elementos constitutivos, denominados *corpus* e *animus*, por meio dos quais surgiu a divergência entre os mesmos ⁷⁴, não obstante terem

⁷³ Neste sentido: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza). **Comentários ao código civil brasileiro**. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2009; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Reais**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 61-62; BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**: coleção estudos de direito de processo Eurico Tulio Liebman, v. 40. São Paulo: RT, 1999, p. 53; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. v 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 19; CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 7 v. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956; ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Bookseller. 2002. p. 9; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. v 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35; FRANÇA, R. Limongi. As teorias da Posse no Direito Positivo Brasileiro. In: CAHALI, Youssef (Coord.). **Posse e Propriedade - doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1987; DANTAS, San Tiago. Atualizado por MAURO, Laerson. **Programa de Direito Civil III: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 28; FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 8; PONTES, Tito Lívio. **Da posse**. 2 ed. São Paulo: EUD, 1977, p. 23, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p, 29; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16-18; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24-26; WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33-35; PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas da propriedade. In: LACERDA, Paulo (coord.). **Manual do Código Civil brasileiro**. v 8. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18; REZENDE, Astolpho. **A posse e sua proteção**. São Paulo: Saraiva, 1937; e ROSA, Alcides. **Noções de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Aurora. 1947, p. 89-90;

⁷⁴ Neste sentido: “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, estanca nesse ponto, havendo quase que total desacordo sobre como cada um desses elementos se caracteriza”

utilizado o direito romano como fonte de inspiração^{75 76}.

Expõe Moreira Alves que a distinção entre as teorias está basicamente na compreensão dos elementos essenciais do fenômeno possessório, correspondentes aos seus aspectos físicos e intencionais, sem os quais restaria tipificada apenas a detenção, esclarecendo, preliminarmente, que, enquanto Savigny idealizou sua teoria dando maior valor à vontade do possuir, ou seja, ao elemento subjetivo, Ihering formatou sua teoria, posteriormente, conferindo maior destaque ao elemento corpóreo, no qual se encontra a vontade, denominando sua teoria, conseqüentemente, de objetiva⁷⁷.

De fato expõe Savigny seu pensamento relacionado aos elementos essenciais para a configuração do direito possessório, partindo-se da premissa de que o *corpus* exige o contato ou a disposição física de uma coisa, bem como a possibilidade de defendê-la contra a ingerência de terceiros. Vejamos:

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 lhes serve de base e que deve ser o ponto de partida de todas as investigações sobre esta matéria. Admitem todas 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 estranha⁷⁸.

(BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**: coleção estudos de direito de processo Eurico Tulio Liebman, v. 40. São Paulo: RT, 1999, p. 53). No mesmo sentido: FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 8.

⁷⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 208-209.

⁷⁶ Neste sentido: VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In.: MARTINS-COSTA, Judith [Org.]. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 795-800.

⁷⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 212.

⁷⁸ Tradução livre do original: “Les definitions de la possession, quelque divergentes qu’elles soient d’ailleurs sous le rapport de la forme ou du fond, renferment cependant toutes une idée générale qui leur sert de base, et qui doit être le point de départ de toutes les investigations sur cette matière. Toutes admettent qu’on est possession d’une chose lorsqu’on a la possibilité, non-seulement d’en disposer soimême physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère” (SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la possession en droit romain**. Henri Staedtler [traduit]. Paris: A. Durand & Pedone Leuriel, 1870, p. 2). Disponível em: <<https://archive.org/stream/traitedelaposses01staegoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Contudo, verificado o referido quadro, haverá apenas detenção, ficando a configuração da posse a depender do *animus*, que, em seu ver, deveria ser de dono. É o que descreve o autor:

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 propriedade⁷⁹.

Com amparo nos referidos elementos, concluiu Savigny⁸⁰:

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; 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.

A teoria exposta por Savigny é denominada teoria subjetiva da posse, por condicionar a existência da posse à comprovação do elemento subjetivo, sem o qual, como dito, haverá simples detenção, com a observação de que basta o desejo de querer ser dono (*animus domini*) para a identificação da posse, não sendo necessário a *opinio domini*. É o que diz o autor:

A ideia da posse não exige absolutamente nada além desse *animus domini*; e, sobretudo, não pressupõe a convicção de que se seja realmente proprietário; eis porque o ladrão e o salteador podem também ter a posse da coisa roubada, tal como o proprietário e diferem da mesma maneira que

⁷⁹ Tradução livre do original: “Pour être considérée comme possession, toute détention doit être intentionnelle, c’est-à-dire que, pour être possesseur, il ne suffit pas détenir la chose, il faut aussi *vouloir* la détenir. Nous avons maintenant à préciser davantage ce que c’est que cette volonté cet *animus possidendi*, correspondant au fait de la détention. Nous avons dit plus haut que la détention d’une chose est fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l’*animus possidendi* n’est autre chose que l’intention d’exercer le droit de propriété” (SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la possession en droit romain**. Henri Staedtler [traduit]. Paris: A. Durand & Pedone Leuriel, 1870, p. 88). Disponível em: <<https://archive.org/stream/traitdelaposses01staegoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁸⁰ Tradução livre do original: “Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur d’une chose, il faut nécessairement que celui qui la détient se gère à son égard em propriétaire; en d’autres termes, qu’il prétende em disposer em fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire em vertu de son droit, ce qui implique em particulier aussi le refus de reconnaître dans le chef d’autrui un droit quelconque supérieur au sien” (SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la possession en droit romain**. Henri Staedtler [traduit]. Paris: A. Durand & Pedone Leuriel, 1870, p. 89). Disponível em: <<https://archive.org/stream/traitdelaposses01staegoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 29 out. 2016.

este do rendeiro, que não possui porque não considera a coisa como sua⁸¹
⁸².

Merece registro, contudo, a observação exposta por Gomes de que, embora tenha Savigny edificado sua teoria com amparo no direito romano, existiam algumas hipóteses em que tal direito permitia a proteção possessória para pessoas desprovidas de *animus domini* (credor pignoratício, o precarista e o depositário de coisa litigiosa), circunstância que não ficou omitida por Savigny, que acabou reconhecendo uma terceira categoria de posse que denominou de derivada⁸³.

A doutrina identifica, ainda como distinção das duas teorias, as razões da proteção possessória, conforme exposto por Bourguignon quando afirma que, “naturalmente influenciado pelas ideias liberais de sua época, Savigny transportou todo o arcabouço ideológico para sua teoria, não hesitando em identificar, na pessoa do possuidor, o verdadeiro fundamento da proteção possessória”, já que “não se viola um direito independente da pessoa e o restabelecimento do estado de fato, afetado pela violência, que impende ser restaurado em respeito à posição da pessoa, é a verdadeira causa das ações possessórias”^{84 85}.

Vale ressaltar, contudo, que tal fundamento também foi anunciado sob uma ótica social, conforme exposto pelos autores portugueses Moreira e Fraga, quando afirmam que “a tutela da posse, a tutela da situação de fato resultante de um indivíduo estar em contato com as coisas – de tê-las, a explorá-las e a fruí-las -, tem a vantagem de evitar a desordem, de garantir a paz pública por não forçar as pessoas à auto-tutela dos direitos”, impedindo, conseqüentemente, “a desordem e a

⁸¹ Tradução livre do original: “L’idée de la possession n’exige absolument rien de plus que cet *animus domini*; et surtout elle ne suppose pas la conviction que l’on soit réellement propriétaire (*opinio seu cogitatio domini*); violà pourquoi le voleur et le brigand peuvent tout aussi bien avoir la possession de la chose volée que le propriétaire lui-même, et ils diffèrent de la même manière que celui-ci du fermier qui, lui, ne possède pas, puisqu’il ne considère pas la chose comme sienne” (SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la possession en droit romain**. Henri Staedtler [traduit]. Paris: A. Durand & Pedone Leuriel, 1870, p.89). Disponível em: <<https://archive.org/stream/traitedelaposses01staegoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁸² No mesmo sentido: CORDEIRO, Antônio Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 23.

⁸³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

⁸⁴ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**: coleção estudos de direito de processo Eurico Tulio Liebman, v. 40. São Paulo: RT, 1999, p. 56-57.

⁸⁵ Neste sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 73.

anarquia no que toca o domínio dos bens”^{86 87}.

Em relação à teoria objetiva, consigna Moreira Alves que Ihering compreende a posse como sendo a exteriorização do domínio, enxergando no *corpus* não a possibilidade de disposição física e imediata sobre a coisa, ou de defesa contra terceiros, mas sim, um agir conforme age o proprietário, ou seja, o comportamento do possuidor em relação à coisa, tendo como parâmetro a sua destinação econômica (*affectio tenendi*). O elemento anímico, na teoria de Ihering, não seria a vontade de querer ser dono, mas sim, o ânimo contido no *corpus* e que motiva o agir como se dono fosse. Havendo a identificação da posse a partir do elemento objetivo, do qual também se extrai o *animus*, a detenção não poderia ser identificada por meio de tais elementos, mas sim, por meio da previsão legal^{88 89 90}. Ihering explica tal compreensão de forma simplificada, consignando:

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

⁸⁶ MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p 192-193.

⁸⁷ Sobre tal fundamento, expõe Ascensão que “nas mais remotas origens, a posse terá tido um fundamento de ordem pública. Se alguém, pela violência, se apodera de coisa que outro tem em seu poder, a quebra da paz tem uma sanção natural – restituem-se *manu militari* os sujeitos à situação anterior. A tutela da situação de fato é um mero reflexo desta defesa da paz social. Posteriormente, a consideração de outros interesses levou à criação de uma autêntica tutela específica da posse, em que se atendia já ao significado próprio desta. Mas a posse continuou a ser concedida como entidade fática - como uma relação de fato entre uma pessoa e uma coisa que se considerava, por determinadas razões, juridicamente relevante” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra. 2000, p. 61-62).

⁸⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 228-229. No mesmo sentido: CORDEIRO, Antônio Menezes. **A posse**: perspectivas sogimáticas actuais. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 23.

⁸⁹ “Para Ihering, tanto a posse quanto a detenção exigem o *corpus* e o *animus*, não como elementos independentes, mas sim, indissolavelmente ligados, nascendo ao mesmo tempo pela incorporação da vontade na relação do sujeito com a coisa, e não podendo existir um sem o outro, pois o *corpus* está para o *animus* como a palavra para o pensamento. Posse e detenção não se diferenciam por qualquer qualidade diversa no *corpus* ou no *animus*: esses dois elementos são exatamente os mesmos numa e noutra. Ao contrário da teoria de Savigny, que distinguia a posse da detenção por haver naquela um *animus* especial (o *animus domini*, segundo Savigny) que não existia nesta, a distinção feita por Ihering repousa num elemento objetivo: o dispositivo legal que degrada certas posses em detenção, retirando-lhes os interditos possessórios. É em virtude da natureza desse elemento diferenciador - o *animus* especial (elemento subjetivo) e o dispositivo legal (elemento objetivo) - que Ihering denomina a teoria de Savigny de teoria subjetiva, em contraposição à teoria objetiva que é a que ele sustenta” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 228-229).

⁹⁰ “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 el corpus no es un mero contacto com la cosa para él sino que se va a requerir una intencionalidad; esto, atento reflejar una exteriorización del derecho de propiedad” (GRASSI, Domingo Cura. **Derechos Reales**. Posesión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 43).

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 posse⁹¹.

No que se refere às razões para a proteção jurídica da posse, sustenta Ihering que, sendo a posse a exteriorização da propriedade, a proteção conferida a um atinge o outro. A premissa usada pelo autor é a de que, “em geral, o possuidor da coisa é, ao mesmo tempo, seu proprietário; ordinariamente, o proprietário é o mesmo possuidor, e quando subsistir esta relação normal, é inútil estabelecer uma distinção”⁹²⁻⁹³. Tal fundamento também foi exposto como justificativa para a facilitação da prova da propriedade, conforme registram Moreira e Fraga⁹⁴:

A proteção da posse permite facilitar aos autênticos titulares dos direitos a continuação do exercício dos poderes de facto correspondentes, sem necessidade de estarem a invocar e a provar a existência do seu direito sobre eles. A aparência, a visibilidade exterior, que é o facto de as pessoas estarem a ocupar o prédio ou a comportar-se em face dele como proprietário, leva a que, provisoriamente, sejam tratados como proprietários e, estatisticamente, são-no na maior parte dos casos. Facilita, assim, a defesa dos titulares dos direitos reais que não têm sempre de os invocar ou de os provar para conseguir que a coisa lhes seja entregue ou sejam mantidos na sua posse. Basta, para isso, provar essa situação de facto, embora, como dissemos, seja provisória.

Apesar das distinções entre as teorias, merece atenção a observação exposta por Wald, relacionada aos motivos invocados pelos autores para justificarem a proteção possessória, notadamente por expôs o ilustre civilista que “os dois pontos de vista se completam, pois, e só divergem por estudar o assunto partindo de ângulos

⁹¹ IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel. 2005. p. 49-50.

⁹² IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel. 2005. p. 11-14.

⁹³ “En resumidas cuentas el mayour crítico de Savigny 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 medio para lograr la utilización de la propiedad deduciéndose, en consecuencia, el fundamento mismo de la protección posesoria en la mismísima propiedad” (GRASSI, Domingo Cura. **Derechos Reales**. Posesión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 43).

⁹⁴ MOREIRA, Álvaro. FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p 193.

diferentes”⁹⁵. Vejamos:

As teorias de Savigny e de Ihering se conciliam, pois, no plano imediatista, é certo que a posse é protegida como propriedade presumida ou como primeira linha da proteção da propriedade (teoria de Ihering) com a finalidade precípua do Direito, que consiste não só em distribuir a justiça, mas também em garantir a ordem e a paz social (teoria de Savigny), impedindo que se faça justiça pelas próprias mãos. Assim, Ihering assinalou a razão pragmática e Savigny indicou o motivo e a finalidade mais remotos, bases e diretrizes de todas as normas jurídicas, que são: manter a ordem e a paz social⁹⁶.

Apesar das teorias expostas estarem pautadas em premissas estabelecidas no contexto histórico vivido por ambos os autores (a valorização da vontade da pessoa humana ou do seu comportamento em relação às coisas objeto de apropriação), acabam confirmando a assertiva já exposta anteriormente, de vinculação formal e substancial da posse com os elementos constitutivos da propriedade, até mesmo como forma de justificação econômica e jurídica do domínio, ou, nas palavras de Ihering, como sua condição de utilidade do ponto de vista econômico, já que “a propriedade sem posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem meios necessários para a colheita dos seus frutos”⁹⁷. Por tal razão é que Ihering diz que:

[...] tirar a posse é paralisar a propriedade, e que o direito a uma proteção jurídica contra um ato tal, é postulado absoluto da ideia de propriedade. Esta não pode existir sem tal proteção, donde se infere que não é necessário procurar outro fundamento para a proteção possessória; ela é incita à propriedade em si mesma^{98 99}.

Referida vinculação, contudo, não é de mão dupla, ao menos não no sentido tratado

⁹⁵ WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das coisas**. v 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

⁹⁶ WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das coisas**. v 4. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

⁹⁷ IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel. 2005. p. 11-14.

⁹⁸ IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel. 2005. p. 11-14.

⁹⁹ “A utilização econômica da propriedade consiste, de acordo com as diversas características das coisas, no *uti, frui, consumere*. O proprietário pode torná-la efetiva pessoalmente (utilização imediata ou real), ou então por intermédio de terceiro (utilização mediata ou jurídica), a quem a cede, ora em troca de dinheiro (arrendamento, venda, permuta), ou gratuitamente (empréstimo, doação); nesta segunda categoria deve ser classificada a condição condicional do direito de vender sob a forma de hipoteca. Todos estes atos têm como condição essencial a posse. Quem não tem uma coisa, não pode consumi-la, nem usá-la, sem usufruir os seus frutos, e se a conclusão de convenções (obrigatórias) para a cessão do *uti, frui*, ou da propriedade a outras pessoas, não supõe a existência atual da posse, a realização dessas convenções, para execução, o exige” (IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel. 2005. p. 11-14).

até o presente momento, já que a autonomia possessória em relação à propriedade mais fortalece o instituto do que o prejudica, seja sob uma perspectiva puramente econômica, capaz de justificar, por si só, a proteção possessória¹⁰⁰, seja quanto à perspectiva já mencionada no tópico anterior, voltada para a concretude dos valores inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em seu conteúdo social ou comunitário, seja, por fim, porque “a função socioambiental torna a posse e a propriedade interdependentes, embora sejam situações jurídicas complexas configuradoras de relações intersubjetivas, autônomas e com proteções distintas (CC/02, art. 1.210)”¹⁰¹.

Não obstante, não há óbice à vinculação da posse à propriedade utilizada pelas teorias sob a perspectiva teleológica – ou melhor, com o elemento funcional que constitui os referidos direitos –, conforme já mencionado no tópico anterior do presente trabalho, seja para aperfeiçoar o elemento subjetivo no caso de utilização do pensamento de Savigny, seja para a revisão do elemento objetivo, no caso de aplicação da teoria de Ihering. É que, sendo atualmente exigida uma nova compreensão do direito de propriedade, agora sob o paradigma social, inevitavelmente incide a mesma exigência em relação à posse concebida segundo um ou outro modelo, de forma que tanto *animus domini* de Savigny quanto o *corpus* de Ihering devem ser moldados para o cumprimento da função social (socioambiental, na verdade) da posse.

Vale destacar que, ao se promover uma revisão das teorias clássicas agora sob uma perspectiva social, torna-se inevitável justificar a proteção jurídica da posse não na pretensa pacificação social (Savigny) ou tutela do proprietário subjacente (Ihering),

¹⁰⁰ Tal como defendem os autores portugueses Moreira e Fraga. Vejamos: “É que a posse, e hoje compreende-se melhor isso do que no passado, é um elemento com importância do ponto de vista da produção e da economia geral. A posse, a exploração das coisas tem em si um valor econômico e repercute aqui a ideia de que interessa mais à economia geral a exploração da coisa do que a propriedade inerte, passiva ou a inação. A posse só de per si, o fato de uma coisa ser explorada por alguém, é um valor econômico, é algo que não só deve ser respeitado em geral pelos outros, como é algo que tem interesse econômico. O interesse econômico da posse é, assim, mais uma razão para a posse dever ter alguma proteção, designadamente a proteção traduzida em atribuir-se ao possuidor de boa-fé os frutos, etc. Independentemente de tudo o mais, há no interesse econômico da posse, uma razão autônoma para a sua proteção” (MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p. 194-195).

¹⁰¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008 (p. 365-385) p. 366-367.

mas sim, na sua fundamentalidade formal e material, tendo em vista a sua aptidão para a realização da dignidade da pessoa humana, especialmente em seu conteúdo voltado para a garantia do mínimo existencial, o que ocorre mediante o cumprimento da sua função social. Assim, tal como o que ocorre quanto ao fato de estar a garantia de proteção jurídica da propriedade condicionada ao cumprimento da função, a proteção jurídica da posse se justifica exatamente no cumprimento da sua função social e, conseqüentemente, concretização do princípio ou valor da dignidade da pessoa humana.

Por acrescerem premissas distintas daquelas usadas por Savigny e Ihering, que ensejam, inclusive, o fortalecimento da posse ao ponto de esta prevalecer frente a propriedade em caso de conflito¹⁰², merecem atenção as denominadas teorias sociológicas da posse, especialmente as elaboradas por Silvio Perozzi, Raymond Saillelles e Antonio Hernandez Gil, que ganharam maior destaque doutrinário no Brasil a partir das mudanças socioeconômicas já referidas, bem como do detalhamento do princípio da função social da propriedade, promovido pela Carta de 1988. Farias e Rosenvald afirmam que “as teorias sociológicas da posse procuram demonstrar que a posse não é um apêndice da propriedade, ou a sua mera aparência e sombra”¹⁰³. Dizem os autores:

Muito pelo contrário, elas reinterpretem a posse de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, mediante a utilização concreta da coisa. A posse deve ser considerada como fenômeno de relevante densidade social, com autonomia em relação à propriedade e aos direitos reais. Devemos descobrir na própria posse as razões para o seu reconhecimento¹⁰⁴.

Soares explica que, tendo como ponto de partida a mesma perspectiva adotada pelas teorias já mencionadas, qual seja, a explicação da posse a partir do direito romano, Perozzi expôs o entendimento de que a posse, tal como a propriedade, é um fenômeno social de natureza consuetudinária, considerada um produto sociológico decorrente da vida social, mas que se distingue da propriedade pois esta

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. v. 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 37.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 74.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 74.

“depende social e juridicamente do estado enquanto com a posse isso de modo nenhum acontece”, ou seja, enquanto a propriedade decorre do desejo do Estado, inclusive, mediante a existência de um “dever legal de abstenção imposto pela ordem jurídica a favor de um indivíduo”, a posse decorre do costume, de uma abstenção natural e voluntária de terceiros¹⁰⁵. Não obstante a distinção e a pretensão de autonomia do fenômeno possessório, esclarece Soares que a teoria exposta por Perozzi acaba por vincular os institutos no que se refere ao fim social que ambos deve ter, quadro que faz com que o mesmo reconheça que a posse se assemelha a uma espécie de propriedade socialmente reconhecida¹⁰⁶.

No mesmo sentido, é a exposição de Gonçalves quando afirma que a teoria de Perozzi leciona a existência de um “comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse”, não sendo necessária a explicação do fenômeno possessório a partir dos elementos usados pelas teorias clássicas, já que resultante “do ‘fator social’, dependente da abstenção de terceiros, como foi dito, que se verifica costumeiramente, como no exemplo por ele fornecido de um homem que caminha por uma rua com um chapéu na cabeça”. Vejamos:

Segundo Savigny, tem ele posse sobre o chapéu, porque o tem sobre a cabeça, podendo tirá-lo dela e nela recolocá-lo, e está pronto a defender-se se outrem tentar arrebatá-lo. Para Ihering, é ele possuidor porque aparenta ser o proprietário do chapéu. Na concepção de Perozzi há, nesse caso, posse, pois quem tem chapéu na cabeça torna aparente que quer dispor dele só, e todos, espontaneamente, se abstêm de importuná-lo. Observa o citado jurista que os homens, alcançando certo grau de civilização, abstêm-se de intervir arbitrariamente numa coisa que aparentemente não seja livre, por encontrar-se esta em condições visíveis tais que deixa presumir que alguém pretende ter-lhe a exclusiva disponibilidade¹⁰⁷.

Conforme expõe Gonçalves, a posse é definida na teoria de Perozzi como sendo “a plena disposição de fato de uma coisa”, ou seja, o poder fático sobre a coisa que exteriorize, por força do costume, sem qualquer resistência, “a intenção de que

¹⁰⁵ SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. XCVI-XCVIII.

¹⁰⁶ SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. XCVI-XCVIII.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 37.

todos os outros se abstenham da coisa para que ele disponha dela exclusivamente”¹⁰⁸.

Prosseguindo na exposição das teorias sociológicas, explica Moreira Alves que Saillelles, inclinando-se para o pensamento de Ihering, elaborou a denominada “teoria da apropriação econômica” da posse, por meio da qual conceitua o *corpus* como sendo “o conjunto de fatos que revelam, entre aquele a quem eles se ligam e a coisa que eles têm por objeto, uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo”. Já o *animus*, narra o Moreira Alves, é para Saillelles a vontade de realizar o *corpus*, ou seja, de apropriação econômica da coisa, como o senhor de fato da coisa^{109 110}.

De forma mais detalhada, Soares explica que a sociológica da posse proposta por Saillelles se distingue da teoria de Ihering por pautar sua objetividade na denominada consciência social, por meio da qual será avaliado se “alguém exerce sobre determinada coisa um poder independente ou se, pelo contrário, tal poder se encontra destituído de qualquer iniciativa pessoal ou interesse econômico”. Para esclarecer a assertiva, o autor se propõe a responder a seguinte indagação: “quais são, porém, os elementos que segundo Saleilles constituem a posse como um poder independente – isto é, como um poder autônomo?”¹¹¹. Vejamos sua resposta:

Contribuem para uma categoria de posse social, designadamente: a) o título jurídico por que se possui factio conhecido por si ou pela atitude do possuidor (logo, um valor social, mas não dominante na medida que pode existir posse em qualquer situação jurídica, como por exemplo no mandato ou no depósito); b) a vontade, qualificando um ou outro factio como posse, mas também não dominante porque pode existir posse sem vontade (nos

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 37.

¹⁰⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 36-237.

¹¹⁰ “Inspirado evidentemente en Ihering, sostiene Saleilles una doctrina no perfectamente identificada con la del maestro alemán. Por lo pronto, impugnando a Savigny dice que no es posible adoptar la propiedad como base o modelo de la posesión, ya que históricamente, la apropiación y posesión precedieron a la propiedad. Y define el *corpus* como el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una permanente relación de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo. En el poseedor, no hay una pretensión de apropiación jurídica de la cosa, sino un propósito de apropiación económica” (BORDA, Guillermo A. **Manual de Derechos Reales**. 5 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 30).

¹¹¹ SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. CVIII-CXI.

loucos, por exemplo); c) o poder físico sobre a coisa, mas ele não é essencial pois por vezes o conceito social de posse independente existe com simples possibilidade de o exercer; d) a exploração econômica, a qual também não é absolutamente necessária porque se entende alguns casos proteger um estado de facto ainda que este não se traduza na utilização econômica do objecto¹¹².

Expõe Soares que, tomando por base os referidos parâmetros, Saillelles define a posse como sendo “uma categoria que pode ser definida como a efectividade consciente e querida de apropriação econômica das coisas”, razão pela qual compreende o *corpus* como sendo “um conjunto de factos susceptíveis de descobrir uma relação permanente de apropriação econômica, um vínculo de exploração da coisa posta ao serviço do indivíduo”, sem qualquer dependência econômica com qualquer outro direito¹¹³. Diz o autor português:

Saillelles recusa decididamente que, pelo menos do ponto de vista formal, a posse exija a ideia de apropriação jurídica, ou a propriedade: “A apropriação individual – observa – começou pela posse: esta posse individual protegeram-na os costumes antes que o pretor lhe concedesse os seus interditos”. Mas para lá da prioridade histórica, a que já aludimos, preocupa-o a prioridade social, digamos assim. “O conceito econômico da posse – insiste Saillelles – veio substituir o conceito jurídico. A posse é apropriação econômica das coisas, se relação alguma com a possível existência de um direito sobre a coisa”. Os passos poderiam repetir-se multiplicadamente com a mesma ideia fulcral. “A teoria por mim proposta – escreveu ainda Saillelles - parte da independência da posse relativamente à propriedade, primeiro do ponto de vista histórico e depois atingindo a independência doutrinal”. A posse não surgiu para servir baluarte à propriedade. O anterior a ela e, uma vez constituída a mesma propriedade, serviu-lhe sem dúvida para ampliar as suas bases, enfim, para consolidá-la onde aquela existia e parecia legítima. Com Saillelles está conquistada, enfim, a autonomia social e econômica da posse^{114 115}.

¹¹² SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. CVIII-CXI.

¹¹³ SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. CVIII-CXI.

¹¹⁴ SOARES, Fernando Luso. **Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica**. Prefácio à obra: RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. CVIII-CXI.

¹¹⁵ “Raymond Saleilles (1855-1912), após o exame das teorias de Savigny e Ihering e de lhes formular a crítica, apresentou uma concepção de natureza eclética, reunindo elementos extraídos do pensamento dos dois gênios da Jurisprudencia do séc. XIX. Na visão de Saleilles, a posse contém os elementos *corpus* e *animus*. A noção do primeiro não coincide com a exposta pelos juriconsultos alemães. O *corpus* não se formaria por um contato físico, mas por um conjunto de fatos suscetíveis de descobrir uma relação permanente de apropriação econômica. Esse conjunto de fatos não seria sempre igual, mas variável de acordo com as circunstâncias. Entre estas, a natureza da coisa constitui um fator influente; igualmente, a forma de utilização da propriedade do ponto de vista econômico e, finalmente, os usos do país e da época. Sobre estes, o autor destaca: 'Uso que indica cómo los propietarios de un determinado país, en un cierto estado de civilización, gozan de sus cosas conforme a las costumbres dominantes de la época'. Quando ao elemento *animus* este não seria o finido por

Não obstante a relevância das teorias sociológicas já mencionadas, notadamente no que se refere à construção da autonomia ou independência da posse em relação à propriedade, com a conseqüente proteção jurídica decorrente de um fato social com relevância econômica¹¹⁶, ainda merece registro a teoria exposta por Gil, considerada uma importante referência para a sedimentação da denominada função socioambiental da posse. É que, em um momento em que se busca justificar a razão de ser dos principais institutos do direito privado segundo um fator externo ou comunitário, especialmente diante das grandes desigualdades sociais e econômicas e de anseios quanto ao mínimo para a existência e, conseqüentemente, dignidade humana, ganha maior importância e aceitação a legitimação não apenas da posse, mas de todos os institutos jurídicos, por meio da sua função social.

No referido sentido, Gil expõe que a posse proporciona a solução das necessidades humanas, não devendo, por tal razão, ter apenas o reconhecimento da lei ou codificações, mas sim, das suas conseqüências em relação à convivência social, como mecanismo funcional para a realização da igualdade por meio da distribuição de recursos coletivos¹¹⁷, conforme explicado por Fachin¹¹⁸:

A função social da posse, ensina Hernández Gil, deve ser vista em dois sentidos: primeiro, em que a ordenação jurídica seja expoente da realidade social, mas ‘formalmente esto no puede hoy concebirse sino mediante un procedimiento de indispensable base democrática en la elaboración de las normas, empezando por las estructura del propio sistema político’; segundo, em que a função social tende a codificar determinadas estruturas sociais e

Savigny como *animus domini*, ou seja, com intenção de dono. O propósito do possuidor há de ser o de realizar os fins econômicos a que se destina a coisa: ‘A posse é a realização consciente e voluntária da apropriação da coisa’.” (NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das coisas**. v 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38-39).

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 37.

¹¹⁷ GIL, Antonio Hernandez. **La función social de la posesión**: ensayo de teorización sociológico-jurídica. Madri: Alianza Editorial, 1969, p. 09-11. Expondo o pensamento do autor espanhol, vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 37-39. Neste sentido: MONTEIRO, João Batista. **Ação de reintegração de posse**. São Paulo: RT. 1987, p. 39.

¹¹⁸ Explica Fachin os planos de explicação da posse sugeridos pelo autor espanhol: “1. Técnico-jurídico; o fundamento da concepção possessória se encontra no exercício dos direitos, em particular dos direitos reais, estando, assim, vinculada ao direito de propriedade; 2. Sociológico ou econômico-social; a posse não é uma relação de Direito, e, em não sendo, a vontade do estado em nada intervém para sua constituição. Desse modo, teria notório caráter de espontaneidade, sendo um costume social ou uma propriedade social (Perozzi, *Instituzioni di diritto romano*), ou uma efetividade consciente e querida de apropriação econômica das coisas (Salleiles, *Posesión de bienes muebles*); 3. Historicista, que trata da determinação da origem histórica da posse” (FACHIM, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21).

os correspondentes quadros jurídicos¹¹⁹.

Fachin explica que a teoria deve ser compreendida com um enfoque distinto do modelo clássico, já que, argumentativamente, “é de absoluta importância o fato, do ponto de vista social e jurídico, pois ‘toda la realidad social queda afectada por el derecho del mismo modo que esta resulta afectada por aquella’, a teorizar não é prescindir da realidade, mas sim explicá-la em todos seus aspectos”¹²⁰. A teoria examinada, segundo Fachin, preocupa-se com o conteúdo da posse, que “não pode ser reduzido apenas a um conceito jurídico”, merecendo, ao contrário, o reconhecimento de um sentido próprio, distinto da propriedade, qual seja, o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos”¹²¹.

Arremata Fachin registrando que a autonomia propalada pela teoria de Gil significa “constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre possuidor proprietário e o possuidor não proprietário”, devendo a posse assumir “uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade”¹²².

Diante do quadro teórico exposto, deve ser ratificado o pensamento no sentido de que “os baldrames para a releitura das características, da estrutura e da função socioambiental da posse são as dimensões contempladas pelo Estado Democrático de Direito, visto, segundo Gil, ser a posse o contraponto da propriedade concentrada, despersonalizada e desfuncionalizada”¹²³.

¹¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

¹²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

¹²² FACHIM, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

¹²³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008 (p. 365-385) p. 366-367.

Todavia, não obstante a inequívoca contribuição promovida pelas teorias sociológicas da posse, restaria ainda pendente de inclusão e consideração, no contexto possessório, a necessidade de cumprimento de uma função ambiental, que, segundo balizada doutrina, integra atualmente as dimensões que fundamentam o Estado Democrático de Direito, no mesmo patamar da juridicidade, socialidade e democracia¹²⁴. Neste sentido, amparado no pensamento de Canotilho, expõe Barroso:

Tendo por base as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, podemos afirmar que “o Estado, com o seu dever de ‘defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento territorial’ como uma das tarefas básicas que lhe estão cometidas, enquadradas nos princípios constitucionais fundamentais”, transformou-se em um “Estado de direito democrático-ambiental”, haja vista admitir-se “o direito ao ambiente concebido como fim do Estado (é a posição dominante da doutrina alemã)”¹²⁵.

Segundo Barroso, na referida perspectiva o Estado se apresenta como um Estado de direito, constitucional, democrático, social e ambiental, comprometido com a sustentabilidade ambiental, pois:

[...] o Estado Liberal, sustentado na convicção da promessa da dominação da natureza como fator de desenvolvimento econômico, e o Estado Social, caracterizado por notórias disfunções políticas na formatação de seu sistema - o que possibilitou a propagação sem precedentes da degradação ambiental -, foram rompidos em proveito de um modelo de Estado pautado na preocupação política e jurídica com o meio ambiente, a fim de corrigir as distorções verificadas no âmbito dos paradigmas estatais anteriores¹²⁶.

Considerando os novos valores e interesses vertentes nas diversas situações trazidas pela posse, merece esforço a edificação de uma teoria voltada para a compreensão de uma “posse democrática”, compatível com tais dimensões, convertendo-se em um “dos mecanismos que conciliam o direito abstrato e a realidade concreta, a fim de densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos de uma sociedade mais justa e igualitária”, tendo como objetivo

¹²⁴ BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41. O autor expõe que tal pensamento é de autoria de José Joaquim Gomes Canotilho, contido em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 13, 81 e 93.

¹²⁵ BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

¹²⁶ BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

“dinamizar a estrutura do instituto ao funcionalizá-lo de maneira integral e efetiva conforme a normativa constitucional, imprescindível para a análise e a interpretação das situações e relações jurídico-possessórias”¹²⁷ ¹²⁸. Tal pensamento segue a doutrina exposta Moraes. Vejamos:

No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais da solidariedade social e dignidade humana que se espalham por todo o ordenamento civil, infra-constitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado¹²⁹.

Para conferir concretude à mencionada posse democrática, vale citar Wald quando afirma que, no caso usucapião *pro labore*, existe um propósito que visa “extinguir os latifúndios em favor de colonos fixados na terra”, situação que acaba consubstanciando “uma forma democrática de reforma agrária”¹³⁰, assertiva que encontra fundamento não apenas por se tratar de uma previsão normativa aprovada dentro do devido processo legal democrático, mas também, por permitir, no caso concreto de conflito entre particulares, no qual sejam expostos e debatidos todos os fundamentos que amparam os interesses dos envolvidos, a construção de uma decisão em que sejam ponderados os princípios constitucionais da solidariedade social, dignidade humana e justiça social, tendo a posse qualificada pela função socioambiental como suporte fático e legitimante da solução encontrada.

Tal processo é de extrema relevância para o julgamento de conflitos peculiares e difíceis em que se examina a ocorrência da desapropriação judicial privada indireta, não apenas por interferir na intensidade da interferência que pode recair sobre o direito fundamental de propriedade, mas, principalmente, pela confiabilidade

¹²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas**. São Paulo: Método, 2008 (p. 365-385) p. 367 e 371.

¹²⁸ Como consequência, a posse deve ser vista como sendo o exercício de um poder-dever fático-jurídico de uma pessoa com interferência socioeconômica e ambiental sobre determinado bem, que, apesar de assemelhado ao direito de propriedade ou seus desdobramentos, goza de autonomia e legitimidade.

¹²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: **Revista Estado, Direito e Sociedade**, n. 15. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica (Departamento de Ciências Jurídicas), p. 104,

¹³⁰ WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das coisas*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

empírica e normativa que se busca justificar para o fim de balanceamento entre posse, moradia e propriedade¹³¹.

1.3 A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO ELEMENTO INTERNO DA POSSE, EXIGIDA PELO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A compreensão da posse democrática, construída a partir da sua função socioambiental, também é relevante para o exame da possibilidade do reconhecimento de uma desapropriação privada indireta, por ser o principal instrumento para a apuração da consagração do bem privado ao interesse social, decorrente da consolidação da situação fática. É que a posse qualificada pelo cumprimento da função socioambiental pode garantir não apenas a precedência de valores ou direitos fundamentais relacionados à moradia e ao mínimo existencial, especialmente quando avaliados em relação ao exercício não funcional da propriedade, mas também comprovar o esvaziamento irreversível do próprio direito de propriedade, cujos elementos também devem ser conformados.

Para se alcançar a referida conclusão, é necessário o reconhecimento de uma função social da posse, mesmo que tendo como parâmetro a função social da propriedade, já que, em termos pragmáticos, a realização desta depende basicamente da posse, sem a qual restaria impossível o atendimento da determinação constitucional. Em outras palavras, o cumprimento da função social da propriedade depende, faticamente, do exercício da atividade possessória, sendo que a recíproca não é verdadeira, já que o cumprimento da função social da posse dispensa a pretensão dominial, podendo, inclusive, estar direcionada à concretização do princípio da dignidade humana, mediante a obtenção do que se entende como mínimo existencial (moradia, labor, etc), capaz de justificar a fundamentalidade do direito possessório.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, ps. 85; ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 7-13.

De qualquer forma, torna-se imprescindível registrar, preliminarmente, que há quem entenda ser a função social da posse uma subfunção da função social da propriedade, lastreando tal entendimento nas disposições previstas no Código Civil, que prestigiam uma posse funcional para a contagem do prazo da usucapião (artigos 1.238 e 1.242), justamente para a aquisição da propriedade e para o cumprimento de sua função, inclusive, mediante as premissas de que a “função social da posse deve desembocar no direito de propriedade” e que, “se o proprietário é inerte, não presta, outro virá a ser o proprietário”¹³² ¹³³. Referida doutrina vislumbra inconvenientes, ilegalidades e inconstitucionalidades, decorrentes de interpretações que conferem uma maior abrangência à referida função social da posse, especialmente caso leve à vulnerabilidade do direito de propriedade¹³⁴. Neste sentido, expõe Arruda Alvim¹³⁵ que:

É de saber comum que a posse, no direito brasileiro, encampou a teoria de Ihering, em que a posse se justifica, se explica pela propriedade; é a posse a condição material do exercício da propriedade; a posse existe, principalmente, para o proprietário. Esse perfil fundamental da posse, onde a sua explicação é primordialmente realizada à luz do direito de propriedade, torna-se ainda mais precária a possibilidade de invocação da posse contra o domínio.

Arruda Alvim justifica seu entendimento de que a função social da posse é uma subfunção da função social da propriedade, criticando os argumentos normalmente usados para a defesa de uma função própria para o instituto. Vejamos:

Em rigor, os casos normativamente previstos de que se pode afirmar terem sido inspirados na função social da posse estão no Código Civil, §§ 4º e 5º do art. 1.228 e nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242. Usucapião pode ser “lido” hoje sob essa ótica, ao lado de inumeráveis outros fundamentos; os dos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, estes sim, clara e mais acentuadamente, ligados à função social da posse, e incluem

¹³² ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 580.

¹³³ No mesmo sentido: REZEK, Gustavo Elias Kallás et al. **Amplitude do Princípio da Função Social da Propriedade no Direito Agrário**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 60-61.

¹³⁴ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 580.

¹³⁵ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 580.

para a usucapião requisitos que, historicamente, têm sido estranhos à usucapião. O que se pode dizer é que: (i) a usucapião, no fundo, sempre foi representativa da função social da posse, à luz da circunstância de que, se há um proprietário desidioso, este será trocado pelo possuidor que, patentemente, não o é; (ii) a usucapião "moderna", tal como espelhada entre nós nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, é mais evidente e acentuadamente lastreada na função social da posse, inclusive com a agregação de elementos – moral dia, construções etc. - desconhecidos na usucapião clássica, enquanto elementos que tiveram peso para diminuição de prazo¹³⁶.

Conclui o autor expondo que, em seu ver, “a função social da posse abriga-se potencialmente dentro da função social da propriedade; deve aquela realizar-se no âmbito desta última”. Assim, entende que eventual “interferência de situação jurídica da propriedade (e, diretamente, da função social da propriedade) no âmbito de demanda possessória, em colidência com normas infraconstitucionais, mas em favor do que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, inc. XXIII, CF)”¹³⁷.

Não obstante a relevância da argumentação exposta, predomina o reconhecimento da existência de uma função social da posse¹³⁸, distinta daquela exigida em relação à propriedade, seguindo certa tendência considerada moderna, conforme justificam Farias e Rosenvald:

A dogmática jurídica sofreu fortes abalos no transcurso do século XX, com a crise do positivismo jurídico, que expressava uma noção do direito como uma técnica engessada, imune às transformações sociais. Um ordenamento concebido em laboratório e baseado em uma pretensa completude de suas normas não seria capaz de captar os influxos emanados de outros sistemas e nem ao menos seria sensível aos apelos da sociedade que visa alcançar.

¹³⁶ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 580.

¹³⁷ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012 (p. 568-598), p. 580.

¹³⁸ Neste sentido: ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente a situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18-20; FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 72-73; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A função social da posse e a usucapião anômala. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008 (p. 313-332), p. 317. LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direitos reais e direitos intelectuais. v.4. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 53-56; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 154; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a Posse**: Um Confronto em torno da Função Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 303-304.

Atualmente, a ciência jurídica volta o olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais um interesse tão evidente em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar o seu papel e missão perante a coletividade, na incessante busca pela solidariedade e pelo bem comum. Enfim, a função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano^{139 140}.

Neste sentido, destacam os referidos autores que, mesmo podendo o fenômeno possessório ser justificado com base no direito de propriedade, no contrato ou simplesmente no fato possessório (configuração tridimensional da posse)¹⁴¹, ganha cada vez mais destaque a última hipótese, na qual a posse representa o poder fático sobre a coisa, independentemente de outro direito real ou obrigacional¹⁴², vocacionada, como já referido anteriormente, para o acesso ao que se considera mínimo para a existência e dignidade humana, como a moradia, o trabalho e o meio ambiente equilibrado.

Farias e Rosenvald esclarecem que o fenômeno possessório não enseja apenas uma função subserviente à propriedade, especialmente o que se refere ao dever geral de abstenção e respeito ao domínio, ou como instrumento para o cumprimento

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 72-73.

¹⁴⁰ “A função da posse constitui um tema clássico da doutrina possessória. [...] A posse é um instituto autônomo, há muito dado e confirmado, pela História. (...) Como tal, ela tem um papel próprio, que não pode ser, rigorosamente, reconduzido a qualquer outro instituto”. (CORDEIRO, Antônio Menezes. **A posse: perspectivas sogimáticas actuais**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 47-48).

¹⁴⁰ Segundo Varela, a posse pode ser compreendida: “1) Como conteúdo de certos direitos, no caso da propriedade e de outros direitos reais: usufruto, uso, habitação, etc. 2) Como requisito para aquisição de direitos reais. Atua a posse como pressuposto para a determinação de efeitos jurídicos que transcendem os meramente possessórios. Exemplos são a tradição e a usucapião. 3) A posse per se: aqui a posse não se subordina a outros direitos nem é requisito para a sua aquisição, porém é vista enquanto situação jurídica com significado próprio, autônomo, independente – considera-se sua existência isolada de outros direitos, seu valor desligado de outras determinações. Não se busca um porquê, uma causa fora dela mesma” (VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 790).

¹⁴¹ Segundo Varela, a posse pode ser compreendida: “1) Como conteúdo de certos direitos, no caso da propriedade e de outros direitos reais: usufruto, uso, habitação, etc. 2) Como requisito para aquisição de direitos reais. Atua a posse como pressuposto para a determinação de efeitos jurídicos que transcendem os meramente possessórios. Exemplos são a tradição e a usucapião. 3) A posse per se: aqui a posse não se subordina a outros direitos nem é requisito para a sua aquisição, porém é vista enquanto situação jurídica com significado próprio, autônomo, independente – considera-se sua existência isolada de outros direitos, seu valor desligado de outras determinações. Não se busca um porquê, uma causa fora dela mesma” (VARELA, Laura Beck. *A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith [Org.]. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 790).

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 74-75.

da função da propriedade, tendo, diversamente, individualidade e o objetivo de acesso ao mínimo existencial, podendo, inclusive, provocar um tensionamento com a propriedade ou uma colisão entre os princípios da função social da propriedade e da posse, que deverá ser solucionada por meio dos parâmetros legais ou mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade^{143 144}. Por tais razões, ratificam que:

A função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁵.

Tal autonomia já era exposta anteriormente por Fachin, quando afirmou que “a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal”, razão pela qual defende o autor que 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

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 77-78.

¹⁴⁴ “Atualmente, a noção de dignidade da pessoa, princípio fundamental previsto na Constituição brasileira, em sua concreção nas relações privadas, conjuga-se com a tutela ao livre desenvolvimento, e se assenta no princípio da diferença. Além do princípio da igualdade, que condicionou a elaboração da ideia de sujeito unitário nas codificações, faz-se mister reconhecer o pluralismo entre os sujeitos, na esfera do direito privado. Tais ideias se refletem, no tocante à posse, sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à pluralidade de sujeitos possuidores, prevista nos dispositivos legais. Não há somente o possuidor abstrato do Código Civil; há também o possuidor urbano e o possuidor rural, parte legítima na usucapião constitucional (que deve necessariamente ser pobre, não possuir outro imóvel e utilizar o imóvel usucapido para garantir a sobrevivência de sua família). Há o grupo de possuidores que ocupa uma área, e nela realiza obras de significativo valor social (ex: favela), tal como previsto no atual projeto. Há o possuidor indígena, cuja proteção da posse encerra também a necessidade de preservação de sua cultura, e as particularidades que caracterizam a posse dos seringueiros e quilombolas no norte do país, onde está em jogo o equilíbrio ecológico de determinada área, além da proteção dos indivíduos. E permanece o “possuidor abstrato”, cuja posse não deve, necessariamente, estar vinculada à realização de um esforço laboral. Assim, o segundo aspecto que nos parece relevante mencionar é o que vincula a proteção da posse à proteção da dignidade dos diversos sujeitos possuidores: a proteção da posse como tutela do livre desenvolvimento de sua personalidade. Impende que o operador do direito, ao lidar com conflitos possessórios, não o faça com a visão unitarista e abstrata, mas, antes, que considere a posse dos plúrimos sujeitos como extensão de sua personalidade e dignidade, que deve ser tutelada ou não, conforme as circunstâncias do caso” (VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, JUDITH [Org.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 808-809).

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 78.

expressão natural da necessidade¹⁴⁶.

De igual forma, após expor que “a propriedade sem a posse é um recipiente vazio, tendo em tal situação função econômica e social limitadas”¹⁴⁷, afirma Torres¹⁴⁸ 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 consequências do sistema para descumprimento da função social.

Por fim, também merecem registro as observações expostas por Zavascki que, mesmo direcionadas à justificação da tutela da posse como instituto autônomo, acaba destacando a sua “vocação natural de instrumento concretizador” do princípio constitucional da função social, que não deve ser compreendido como sendo inerente ao direito de propriedade em si, mas sim,   utilização dos bens no plano da realidade, por “quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”

¹⁴⁹. Vejamos:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito   utilização dos bens, e não   sua titularidade jurídica, a significar que sua forçá normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fen menos da realidade. Direito - e, portanto, direito da propriedade -   fen meno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano

¹⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18-20.

¹⁴⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a Posse**: Um Confronto em torno da Função Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 303.

¹⁴⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a Posse**: Um Confronto em torno da Função Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 304.

¹⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith [Org.]. **A Reconstru o do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

real, e não no campo puramente jurídico¹⁵⁰.

Por tal razão, entende o autor que “o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade”, repetindo o entendimento exposto por Fachin quando afirma que a função social “é mais evidente na posse e muito menos na propriedade”¹⁵¹, motivo pelo qual defende Zavaski a existência da função social da posse¹⁵².

Exposto o pensamento quanto à vocação da posse para a concretização do princípio da dignidade humana, dos valores dele decorrentes, da dimensão ambiental do estado de direito democrático e da função social¹⁵³, torna-se imprescindível explicitar que a referência à função social deve ser compreendida, na verdade, como função socioambiental da posse que, inevitavelmente, segue os parâmetros estabelecidos não apenas em relação aos titulares do domínio, mas a todos na esfera pública ou privada¹⁵⁴, inclusive a coletividade, que, nos termos do artigo 225, da Constituição, têm tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, quanto o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Conforme Borges, a função social da propriedade descrita na constituição “consiste numa atividade exercida no interesse não apenas do sujeito que a executa, mas, principalmente, no interesse da sociedade”, tal como é compreendida a função ambiental, que “se volta para a manutenção do equilíbrio ecológico enquanto interesse de todos, beneficiando a sociedade e aquele que a exerce”^{155 156}.

¹⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith [Org.]. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

¹⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith [Org.]. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 125 e 131.

¹⁵⁴ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A função social da posse e a usucapião anômala. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas**. São Paulo: Método, 2008 (p. 313-332), p. 322.

¹⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 275.

¹⁵⁶ A autora, inclusive, observa: “A função atua sobre um objeto e é diferente a depender da natureza

Por tal razão, seguindo a mesma linha exposta por Zavaski, afirma a autora que “a função social da propriedade é uma afetação genérica e abstrata, constitucional, que faz parte do conceito de direito de propriedade, no sentido de que este seja dirigido para, além da satisfação dos interesses do proprietário, a satisfação dos interesses da sociedade”, assim definidos pela própria Constituição Federal como sendo “o aproveitamento racional e adequado da propriedade, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186)”¹⁵⁷. Apesar de se referir a proprietários, adverte Borges que a função ambiental obriga a todos, impondo um regime afeto ao objeto do direito de propriedade (não ao sujeito), ou seja, “aos bens ambientais existentes num certo espaço territorial submetido ao direito de propriedade”, equivalentes ao “meio ambiente amplamente considerado”¹⁵⁸.

Vale ressaltar que, além do disposto no artigo 225, da Constituição Federal, também merece registro outras disposições voltadas para a composição do mesmo regime jurídico constitucional, tal como se denota do artigo 170, que, concomitantemente ao estabelecimento do princípio da propriedade privada, vinculam os princípios da função social e da defesa do meio ambiente como conformadores da atividade econômica, de forma a compatibilizar a liberdade de utilização econômica dos bens à finalidade socioambiental, assegurando constitucionalmente a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

A conformação da propriedade ao cumprimento da função socioambiental também está prevista como políticas urbana, agrícola e fundiária, por força do artigo 182, da Constituição Federal, no qual consta não apenas que a política de desenvolvimento

dos objetos sobre os quais incidir. Tanto a função social como a função ambiental da propriedade vão variar de acordo com o bem objeto de propriedade, que, sob proteção legal especial, identificar-se-á com o próprio objeto da função social ou ambiental” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 275).

¹⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 276.

¹⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 276.

urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, mas também que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (§ 1º), asseverando que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (§2º). Referidas disposições, como visto, demonstram a imposição de utilização do imóvel urbano mediante a observância das normas urbanísticas previstas no plano diretor, voltadas para garantir o bem-estar dos habitantes das cidades, objetivo que exige inevitavelmente a observância das exigências necessárias à proteção e preservação do meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado.

Vale ainda mencionar o disposto no já referido artigo 186, da Constituição Federal, afeto à propriedade rural, que é taxativo ao afirmar que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei (*caput*), aos requisitos do aproveitamento racional e adequado (inc. I), da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (inc. II), da observância das disposições que regulam as relações de trabalho (inc. III) e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (inc. IV)¹⁵⁹. Conforme expõe Borges:

A função ambiental da propriedade rural é um dos quatro elementos que compõem o conteúdo constitucional de função social da propriedade rural, que é compreendido através do artigo 186 da Constituição Federal de 1988, consistindo, em sentido amplo, nos deveres, atribuídos ao proprietário, de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. O proprietário cumpre a função ambiental da sua propriedade, em sentido amplo, quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, mantendo as características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas^{160 161}.

¹⁵⁹ Sobre a necessidade de atendimento simultâneo de todas as exigências, mesmo em caso de propriedade produtiva, vide: GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 413-416.

¹⁶⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 280.

¹⁶¹ A autora, inclusive, adverte: “A função ambiental da propriedade, na medida em que visa à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente, protege, sobretudo, a propriedade em si contra a perda de seu potencial produtivo devido a danos ambientais

Além das referidas disposições, a necessidade de cumprimento de uma função socioambiental também encontra previsão no Código Civil brasileiro, que prescreve, em seu artigo 1.228, § 1º, que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, com a ressalva de que tal 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.

Ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, expõe Tepedino, deseja a norma concretizar a tutela constitucional da função social, mediante uma interpretação que, “para além da mera admissão de eventuais e contingentes restrições legais ao domínio, possa efetivamente dar um conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias”¹⁶². Penteado, inclusive, destaca a associação promovida pelo referido texto legal da função social ao meio ambiente, afirmando que o termo é de importante relevo no imaginário jurídico, devendo ser interpretado como sendo uma imposição dirigida a todos os proprietários de bens, quanto a destinação do bem conforme os interesses difusos relacionados ao chamado direito ambiental, “de modo que se pode falar, corretamente, de uma responsabilidade ambiental do proprietário”¹⁶³.

O regime constitucional estabelecido a partir do mencionado artigo 225 deve ser compreendido com sendo uma imposição de utilização dos bens de forma compatível com a preservação do meio-ambiente, considerado um bem de uso comum do povo que deve prevalecer sobre qualquer interesse individual ou público, salvo quando sustentável sob o ponto de vista ecológico¹⁶⁴, quadro que demonstra,

irreversíveis como, por exemplo, perda da qualidade do solo e até perda do próprio solo, através da erosão. [...] Se não forem observados os cuidados com a proteção ambiental, em breve o direito de propriedade transformar-se-á num direito vazio, devido à destruição de seu objeto ou devido à completa perda de utilidade do bem objeto do direito de propriedade” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 281).

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 323.

¹⁶³ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 214.

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Leituras complementares de**

na visão de Tepedino, a superação da dicotomia clássica entre o direito público ou privado, pois impõe um dever de preservação do meio ambiente, em prol da “proteção dos valores existenciais e sociais assegurados pela ordem pública constitucional, superando-se as classificações rígidas acerca dos institutos de direito pública ou de direito privado”, que sofreram substancial modificação decorrente da submissão de cumprimento de uma função voltada para a realização da cidadania e da dignidade humana^{165 166}. Neste sentido, expõe Tepedino:

Tradicionalmente voltados para os direitos patrimoniais, especialmente os contratos e a propriedade, não se aventuravam os civilistas a questões classificadas como típicas do direito público, mantendo-se por muito tempo alheios as novas temáticas suscitadas pelo desenvolvimento econômico-social, como é o caso do meio ambiente e, por consequência, do direito ambiental. Atualmente, no entanto, percebe-se a necessidade da mobilização de todos os instrumentos jurídicos disponíveis, no âmbito do Poder Público e da iniciativa privada, para a solução das questões ambientais, que adquirem relevância mundial, aproximando-se, assim, na proteção da pessoa humana, mais e mais ameaçada pelos riscos ao ecossistema, o direito civil do direito administrativo e constitucional¹⁶⁷.

O regime estabelecido demonstra ainda a preocupação do constituinte em relação ao aspecto funcional dos direitos incidentes sobre bens públicos ou privados, sendo de extrema pertinência para a solução de conflitos envolvendo a tensão entre direitos fundamentais, pois representam, nas palavras de Tepedino¹⁶⁸, a

[...] aspiração coletiva de uma sociedade mais justa e do meio ambiente capaz de assegurar a sobrevivência com dignidade das próximas gerações, não podem ser reduzidos aos deveres do proprietário privado, contrapondo-o, de forma maniqueísta, ao mundo ao seu redor, dos não-proprietários.

direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 34.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil:** questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 49-51.

¹⁶⁶ Gustavo Tepedino ressalta que “a introdução, no cenário jurídico, da matéria ambiental coloca em crise toda a consolidada dogmática, exigindo a formulação de novas categorias e a releitura da normativa vigente, de sorte a tornar compatível o instrumental técnico-jurídico com a proteção do interesse ambiental que se apresenta, essencialmente, em sua dimensão coletiva e extrapatrimonial, exigindo tutela jurídica, mesmo quando não se tenha presente um direito subjetivo previamente tipificado pelo ordenamento” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 352).

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil:** questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 49-51.

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil:** questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 66.

Vale registrar, conforme expõe a doutrina, que o artigo 225, da Constituição Federal concretiza os princípios que informam o direito ambiental, reconhecidos nas Conferências de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992), especificamente aqueles que reconhecem a preservação ambiental como um direito humano fundamental, do direito de participação (princípio democrático) – no sentido de garantir a participação do cidadão no processo de elaboração de políticas públicas e exigir a respectiva implementação –, que prescreve o desenvolvimento sustentável (princípio do equilíbrio)¹⁶⁹ e o da solidariedade. Neste tocante, é oportuno ressaltar que a solidariedade assegura a todos a possibilidade de contribuir para o bem comum (ambiental), seja para esta ou para gerações futuras, atuando em prol do “equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos da coletividade que devem se colocar de forma equipolente e não com a predominância de uns sobre os outros”¹⁷⁰.

No referido contexto, é inevitável concluir que o cumprimento da função socioambiental passa pelo exercício do direito sobre a coisa de forma a preservar todas as funções reconhecidas doutrinariamente como sendo ambientais (natural, artificial, cultural e do trabalho), seja por meio de ações, seja por omissões que representem o respeito não apenas às determinações legais de regência (urbanas ou rurais), mas também das condições da vida entre particulares, levando-se em consideração os planos da coexistência e da dignidade humana¹⁷¹.

No que se refere às relações urbanas, deverão ser observadas as determinações constantes do plano diretor em relação à ordenação das cidades, mediante a preservação ambiental e sustentabilidade, submetendo-se a liberdade às conformações decorrentes da função que deverá ser conferida ao imóvel. De igual maneira, deverão ser respeitadas as determinações voltadas para o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e

¹⁶⁹ ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de propriedade**: limites ambientais no Código Civil. Baueri: Monole, 2006, p. 61-63. No mesmo sentido: BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 66.

¹⁷⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29.

¹⁷¹ Neste sentido: SANT`ANA, Mariana Senna. **Estudo de impacto de vizinhança**: instrumento de garantia da qualidade de vida dos cidadãos urbanos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 116.

dos trabalhadores¹⁷².

Contudo, embora seja inequívoca a imposição do mencionado regime de cumprimento da função socioambiental em relação à propriedade privada ou pública, tal determinação, como já mencionado, é afeta aos bens tuteláveis e, portanto, à posse, inclusive, em razão do princípio da solidariedade constitucional, que:

[...] conforma a liberdade individual para que se chegue à justiça social e à igualdade material, pois impõe ao Estado a realização de políticas públicas e aos particulares deveres recíprocos em vista do bem comum; supera o individualismo jurídico e desenvolve a função social dos institutos e poderes jurídicos, legitimadora do título de domínio e do poder fático-jurídico do possuidor, se conjugado com a função ambiental¹⁷³.

O cumprimento do comando constitucional por parte do possuidor submete-se aos mesmos parâmetros da propriedade, por também ser possível a constatação da desídia por parte daquele que apenas dispõe do exercício equivalente ao domínio, deixando de desenvolver qualquer destinação voltada para o trabalho, moradia ou mesmo para atender às expectativas da comunidade ou exigências impostas pela legislação de proteção ambiental, tal como também costumeiramente ocorre em relação à propriedade, embora com muito mais frequência em relação a este do que ao possuidor.

O que importa, contudo, é a incidência do regime constitucional, seja para impor sanções por parte do Poder Público no caso de uma relação vertical ente este e o possuidor (artigos 182 e 184, da CF), seja pela perda da proteção qualificada incidente apenas em caso de cumprimento da função socioambiental, normalmente ocorrida nas relações horizontais de ordem privada (artigos 3º, inc. I, 5º, incs. XXII e XXIII, e 225, CF).

Vale destacar que a forma de cumprimento da função socioambiental depende justamente da perspectiva vertical ou horizontal, já que pode decorrer da tanto da

¹⁷² Neste sentido: SANT'ANA, Mariana Senna. **Estudo de impacto de vizinhança**: instrumento de garantia da qualidade de vida dos cidadãos urbanos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 116.

¹⁷³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (coord.). São Paulo: Método, 2008 (p. 365-385) p. 373.

ofensa ou não observância de normas regulatórias voltadas para a delimitação da função social e ambiental (normalmente estabelecidas na legislação específica aplicável aos imóveis urbanos e rurais), quanto da ausência do exercício qualificado objetivamente da posse, verificadas as particularidades do caso concreto e dos interesses conflitantes (trabalho, alimentação, moradia, etc)¹⁷⁴, para justificar ou não a incidência das respectivas consequências jurídicas, pouco importando, como já referido, a existência ou não de título de propriedade ou posse¹⁷⁵.

Conforme exposto em outro trabalho acadêmico, “a função socioambiental da posse não limita ou comprime externamente o direito de propriedade, na propriedade, à propriedade, de posse ou à posse”, mas sim, molda conforma internamente a estrutura de tais institutos aos comandos constitucionais, impondo ao proprietário, possuidor ou terceiro (inclusive o detentor) a obediência do fim determinado pela Constituição em seu aspecto solidário¹⁷⁶.

No mesmo sentido, expõe Tepedino que a função socioambiental deixa de vista como uma limitação externa que se contrapõe com a liberdade do titular do direito, passando a integrar o “conteúdo do direito, ao lado do aspecto estrutural“, “como fator de legitimidade do exercício da própria liberdade, qualificando-a e justificando a atuação do proprietário”¹⁷⁷. Como consequência, segundo o autor:

[...] transforma-se a concepção segundo a qual o proprietário deteria amplos poderes, limitados apenas externamente e negativamente, na medida em que o

¹⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Os direitos reais no Novo Código Civil**. Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil (2002: Rio de Janeiro). Anais. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, número especial, p. 168-176, jul. 2002/abr 2003, p. 159.

¹⁷⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas**. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves [coord.]. São Paulo: Método, 2008. p. 374.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves [coord.]. São Paulo: Método, 2008, p. 58. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 282; SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245; LIMA, Getúlio Targino. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renam. (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179-180; e GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: Problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 405 e 419.

legislador imponha confins para o exercício regular do direito. Diversamente, os poderes concedidos ao proprietário adquirem legitimidade na medida em que o exercício concreto da propriedade desempenhe função merecedora de tutela, tendo em conta os centros de interesse extraproprietários alcançados pelo exercício do domínio, a serem preservados e promovidos na relação jurídica da propriedade, como expressão de sua função social¹⁷⁸.

Tepedino, inclusive, menciona que tal entendimento é compartilhado por Perlingieri, em sua clássica obra *Perfis do Direito Civil*, na qual o autor italiano aborda a constitucionalização do Direito Civil. De fato, afirmando que:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção (em ódio) à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular¹⁸⁰.

Tal entendimento já era exposto por Silva, ao afirmar que o processo de funcionalização da propriedade é longo, sofrendo as influências decorrentes das mudanças na relação de produção, responsáveis, em seu ver, pela:

[...] transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, mas especialmente quando o reputo princípio da ordem econômica, ou seja, como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (ar t. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim. Limitações, obrigações e ônus são etemos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário,

¹⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 58.

¹⁷⁹ Rezek, neste sentido, ratifica a tese de Anton Menger, no sentido de que “a função social do bem se reflete sobre o direito de propriedade incidente sobre ele, tal qual o vidro translúcido deixa transparecer a cor do papel sobre o qual dispõe”. Segundo Resek, “a função social se manifesta predominantemente de forma dinâmica, não estática. Sem alterar a substância dos bens nela envolvidos, ela restringe, por certo a liberdade de utilização desses bens” (REZEK, Gustavo Elias Kallás et al. **Amplitude do Princípio da Função Social da Propriedade no Direito Agrário**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58-59).

¹⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226.

interferindo tão-só com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia¹⁸¹.

Assim, pelo que se denota dos fundamentos expostos, a observância da função socioambiental da posse – compreendida como elemento interno não apenas da propriedade¹⁸², mas também da posse –, consubstancia não apenas exigência decorrente do regime constitucional de proteção e do meio ambiente equilibrado, mas também a concretude dos objetivos constitucionais fundamentais (art. 3º, incs. I, III e IV), complementando todas as dimensões que integram o já referido Estado Democrático de Direito¹⁸³.

Como consequência, demonstra a existência de uma posse qualificada pela função que pode não apenas garantir a precedência de valores em caso de colisão de direitos fundamentais, mas também comprovar o esvaziamento irreversível do próprio direito de propriedade, dando ensejo à afetação do bem ao interesse social e, conseqüentemente, à desapropriação judicial privada indireta. Tudo vai depender do exame da referida qualificação funcional, que deverá ser voltada para a caracterização do interesse social e econômico relevante, o que se dará, excepcionalmente, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto¹⁸⁴.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 282.

¹⁸² Neste sentido: CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 112.

¹⁸³ Neste sentido: “o princípio da função social atua no conteúdo do direito de propriedade, influenciando a interpretação e efetivação de todos os poderes inerentes ao domínio - usar, fruir, dispor e reivindicar -, introduzindo interesse novo e legítimo, o social, que, eventualmente, pode não se afinar com os interesses do proprietário, tornando-o, de certo modo, conflitivo consigo mesmo”, razão pela qual, “verificada a situação conflituosa, competirá ao Judiciário dar aos litígios solução serena e eficiente” (STJ - REsp 1302736/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016).

¹⁸⁴ Conforme será exposto no próximo capítulo, a análise da máxima da proporcionalidade, segundo Alexy, é examinada mediante a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto, examinadas conjuntamente com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5-7).

1.4 A POSSE QUALIFICADA OBJETIVAMENTE PELO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

Resta promover, finalizando o presente capítulo, o exame da qualificação objetiva da posse, manifestada em razão da utilização do imóvel para fins de estabelecimento de moradia própria ou da família do possuidor, bem como em caso de realização de serviços ou investimentos de interesse social e econômico relevantes, ou considerados de caráter produtivo, notadamente por serem hipóteses descritas no ordenamento constitucional e infraconstitucional como suficientes para a atribuição de consequências ou efeitos jurídicos importantes para fins do exame do cumprimento dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, bem como para a realização dos direitos fundamentais à propriedade e à moradia¹⁸⁵.

Referidas manifestações de posse qualificada são extraídas dos artigos 183, *caput*, 191, *caput*, da Constituição Federal, 1.225, inc. XI, 1.228, §§ 1º, 4º e 5º, 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, *caput*, 1.240-A, 1.242, parágrafo único, do Código Civil, 9º e 10, da Lei 10.257/02 (Estatuto da Cidade), e 1º, da Lei 6.969/81, que tratam dos casos de usucapião, da desapropriação judicial privada e da concessão de uso para fins de moradia. Mesmo tendo o ordenamento descrito, nos casos narrados, quais os efeitos especiais que decorrem da mencionada qualificação objetiva, referidas situações exteriorizam, como já mencionado, os valores considerados relevantes no atual panorama constitucional, além a concretude dos princípios e direitos fundamentais que têm a posse como pressuposto fático-jurídico, seja nas relações formadas entre particulares, seja tendo o poder público como partícipe, quadro que colabora com o exame da denominada desapropriação judicial indireta provocada pela afetação do imóvel privado, decorrente da consolidação de situação fática que concretize o direito fundamental à moradia, conforme será exposto no tópico final da presente tese.

¹⁸⁵ Tendo em vista o foco do presente trabalho e com o objetivo de evitar qualquer confusão em relação aos elementos examinados, estão sendo indicados apenas os efeitos da posse descritos nos referidos artigos. Apesar de a doutrina incluir a usucapião como um dos efeitos da posse, sua indicação está sendo tratada como efeito especial, conforme será exposto no decorrer do presente tópico.

Vale ressaltar, preliminarmente, que apesar de a qualificação da posse ser tradicionalmente examinada a partir dos elementos estruturais da posse (*corpus* e *animus*), normalmente para fins de apuração da justiça da posse e da boa ou má-fé, mencionados como suas virtudes ou seus vícios objetivos ou subjetivos, a qualificação referida no presente tópico se refere aspecto funcional da posse que, semelhantemente ao que já foi mencionado quanto aos reflexos na fisiologia da propriedade, constitui um elemento interno que complementa a estrutura da posse, necessário para a sua legitimação perante o atual contexto constitucional.

É que, mesmo não tendo o ordenamento jurídico brasileiro exigido as qualificações especiais referidas no presente tópico (moradia própria ou da família do possuidor e realização de serviços ou investimentos de interesse social e econômico relevantes, ou considerados de caráter produtivo), seja como condicionante para deferimento dos interditos possessórios, principal efeito da posse, seja para a atribuição dos demais efeitos da posse – tais como o direito de recebimento de frutos, indenização, retenção e levantamento de benfeitorias e responsabilização em caso de destruição (arts. 1.210/1.222, do CC)¹⁸⁶ –, tem sido cada vez mais constante o exame da função socioambiental nos casos concretos, ora como um condicionante para a atribuição de efeitos possessórios, ora como critério de apuração de uma espécie de “melhor posse” ou de qualificação objetiva capaz de agregar valores sociais e existenciais¹⁸⁷ ou mandamentos de otimização¹⁸⁸ em julgamentos envolvendo conflitos puramente possessórios ou mesmo entre posse e propriedade. Não por outro motivo tem sido exposto que “a profusão de estudos e ensaios acerca da função social, se não encerra todas as controvérsias em torno do tema, certamente contribui para uma 're-visão' do instituto da propriedade diante dos novos valores consagrados na Constituição de 1988”¹⁸⁹.

Apenas como exemplo, vale citar o julgamento promovido pelo STJ nos autos de

¹⁸⁶ Afirmação que não leva em consideração os efeitos descritos em outros dispositivos do CC, em especial a usucapião.

¹⁸⁷ Neste sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 328 e 339.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

¹⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

uma ação de reintegração de posse, no qual foi exposto que a “função social da posse deve complementar o exame da ‘melhor posse’ para fins de utilização dos interditos possessórios”, ou seja, deve somar a outros elementos também usados para aferir o justo título, tais como “a antiguidade e a qualidade do título, a existência real da relação material com a coisa, sua intensidade, etc¹⁹⁰.

A utilização do cumprimento da função socioambiental para tal propósito demonstra fenômeno semelhante ao que ocorre em relação à propriedade, que é, inclusive, dele decorrente, tendo em vista a vinculação objetiva do conceito de posse aos elementos constitutivos do direito de propriedade, realizada pelo Código Civil Brasileiro (artigos 1.196 e 1.228), bem como pela previsão constitucional de garantia da propriedade e, ao mesmo tempo, dever de cumprimento da sua função socioambiental, previstas nos artigos 5º, XXII, XXIII, 170, II e III, 182, 186 e 225¹⁹¹.

Como a função socioambiental da propriedade e da posse também é apurada, como esclarecido inicialmente, por meio das situações tidas como suficientes para a qualificação objetiva especial, torna-se importante a compreensão das mesmas, ao menos a partir da doutrina atual sobre o tema, conforme será exposto, inicialmente,

¹⁹⁰ STJ. REsp. nº 1148631/DF. T4. Rel. Acórdão Min. Marco Buzzi. 15/08/2013 (DJe 04/04/2014). No mesmo sentido: REsp1144982/PR. T2. Rel. Min. Mauro Campel. 13/10/2009 (DJe 15/10/2009). Disp. RDDT Vol. 171, p. 192. REVFOR Vol. 403 p. 475. RT Vol. 892 p. 172; e REsp 75659/SP. T4. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. 21/06/2005 (DJ 29/08/2005, p. 344). Vide ainda: “Agravo de instrumento. Decisão atacada: liminar que conc edeu a reintegração de posse de empresa arrendatária em detrimento dos “sem terra”. Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo Desembargador de plantão. Competência da Justiça Estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art. 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e por que demanda versa sobre direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais como mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante produtiva a área, não cumpre ela a sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria. Rejeitada a preliminar de incompetência, à unanimidade. Proveram por maioria.” (Agravo de Instrumento Nº 598360402, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 06/10/1998).

¹⁹¹ “O constituinte, portanto, ao inserir a propriedade privada no rol das garantias fundamentais, ao lado do atendimento de sua função social (art. 5.º, XXII e XXIII), condicionou a legitimidade da atuação do proprietário, como expressão de direito fundamental, ao atendimento, no caso concreto, dos interesses sociais e existenciais alcançados pelo exercício dominical. Trata-se, de fato, de técnica eficiente para conferir eficácia à função social da propriedade privada, pois impõe ao proprietário, ao lado dos poderes que lhe são conferidos, cuja estrutura está garantida no caput do art. 1.228 do Código Civil, o dever de promover interesses socialmente relevantes, entre os quais se afigura prioritária, na ordem constitucional, a proteção ambiental” (TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 58).

em relação aos dispositivos legais que tratam da usucapião, previstos nos artigos 183, *caput*, e 191, *caput*, da Constituição Federal, 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, *caput*, 1.240-A, 1.242, parágrafo único, do Código Civil, 9º e 10, da Lei 10.257/02 (Estatuto da Cidade), e 1º, da Lei 6.969/81.

Todos os mencionados dispositivos prescrevem hipóteses ou prazos especiais para a aquisição da propriedade por meio da usucapião, distintos daqueles previstos na norma material, para os casos tradicionais de usucapião extraordinária e ordinária (10 e 15 anos), especificamente quando: i) a área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornar-se *produtiva* pelo trabalho do possuidor ou de sua família, tendo nela sua *moradia* (5 anos - arts. 191, *caput*, da CF, 1.239, do CC, e 1º, da Lei 6.969/81); ii) a área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, for usada para a *moradia* do possuidor ou de sua família (5 anos - arts. 183, *caput*, da CF, 1.240, do CC, e 9ª, da lei 10.257/02); iii) a área urbana superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, for usada por população de baixa renda para sua *moradia* (5 anos - art. 10, da lei 10.257/02); iv) na extraordinária, o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua *moradia* habitual, ou nele realizado *obras ou serviços de caráter produtivo* (10 anos – art. 1.238, parágrafo único, do CC); v) na ordinária, o possuidor nele tiver estabelecido a sua *moradia*, ou *realizado investimentos de interesse social e econômico* (5 anos – art. 1.242, parágrafo único, do CC); e quando, vi) na nova usucapião familiar, o imóvel urbano de até 250m² tiver sendo usado para a *moradia* do possuidor ou de sua família (2 anos – art. 1.240-A, do CC).

Ao examinar a tutela da posse conferida pela Constituição Federal e pelo então Novo Código Civil, Zavaski expõe que “já aí se percebe a notável tutela que se passa a dar à chamada 'posse qualificada', marcada por um elemento fático caracterizador da função social: é a posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos”. Diz o autor:

Surge, assim, um novo conceito de posse, decorrente do que Miguel Reale denominou "princípio da socialidade", distinta da que decorre dos "critérios formalistas da tradição romanista, que não distingue a posse simples, ou improdutiva, da posse acompanhada de obras e serviços realizados nos bens possuídos". É essa mesma posse qualificada que fundamenta as espécies de usucapião, agora incorporadas no Código Civil, de que tratam

os artigos 191 e 183 da Constituição Federal¹⁹².

Ao se examinar a regra especial relativa a usucapião extraordinária, descrita no parágrafo único do artigo 1.238, do Código Civil, é possível notar que o prazo regular de quinze anos para a aquisição da propriedade poderá ser reduzido para dez anos, caso o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, ou seja, caso a posse, além da necessária qualificação subjetiva (*animus domini*) exigida para qualquer hipótese de usucapião (posse *ad usucapionem*), manifeste uma qualidade especial, aferida objetivamente, que exteriorize o exercício dos direitos sociais fundamentais de moradia (posse *pro moradia*) ou trabalho (posse *pro labore*), demonstrando a existência de duas espécies de posse *ad usucapionem*, uma simples e outra qualificada.

A posse simples, nas palavras de Farias e Rosenvald, “é aquela que se satisfaz com o exercício de fato pelo usucapiente de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC), conduzindo-se o possuidor como o faria o dono, ao exteriorizar o poder sobre o bem”, suficiente para se alcançar a usucapião pelo prazo de quinze anos, mesmo que não tenha exercido no local a sua moradia. Todavia, explicam os autores, “se além de demonstrada a posse, qualificar-se a ocupação do bem pela concessão de função social, por intermédio de efetiva moradia do possuidor no local ou realização de obras e serviços de caráter produtivo (parágrafo único do art. 238 do CC), o usucapiente será agraciado pela redução do prazo para dez anos”¹⁹³.

Tal distinção ocorre, conforme explicam os referidos autores, tendo em vista a diretriz da socialidade notoriamente presente no Código Civil em vigor, que “prestigia a função social da posse, ao dignificar a efetiva moradia e produção no imóvel, elevando-a a um *status* diferenciado”, demonstrando um critério de proporcionalidade entre as consequências da posse ociosa e aquela em que se promove função, exigindo prazo maior na hipótese em que não se exige posse

¹⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 850.

¹⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Salvador: Lumen Juris, 2012, p. 414.

qualificada^{194 195 196 197}.

As mesmas observações são aplicáveis em relação à regra especial relativa a usucapião ordinária, descrita no parágrafo único do artigo 1.242, do Código Civil, que prescreve que o prazo regular de dez anos para a aquisição da propriedade poderá ser reduzido para cinco anos, caso o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, com a agravante exposta por Araújo, no sentido de que, neste caso de usucapião decorrente de justo título, “o adquirente *a no domino*, na crença de ser proprietário”¹⁹⁸, sendo natural realizar obras para adequação à sua moradia, quadro que consubstancia, na visão do autor, não apenas a função socioeconômico, mas também ambiental. Neste sentido, diz o autor:

Inserimos o termo ambiental, pois muito embora não exista referência no texto legal, parece evidente que a propriedade e a posse cumprem a função social e econômica com o aproveitamento ordenado dos recursos naturais em consonância com a diretriz traçada pelo art. 1.228, § 1º, do CCB¹⁹⁹.

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Salvador: Lumen Juris, 2012, p. 415.

¹⁹⁵ Embora não mencionasse o termo posse qualificada, tal entendimento era propalado por Reale ao explicitar o princípio da socialidade que norteou a elaboração do Código Civil de 2002, que ensejou, em seu ver, o surgimento de “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 morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”, em consonância com os fins sociais da propriedade. O autor se referia, na verdade, à mencionada qualificação. (REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. RT 752, p. 22-30. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 09 set. 2016).

¹⁹⁶ Neste sentido: MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 120; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v 4. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 4: Direito das Coisas. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151-152; FACHIN, Luiz Edson (atualizador). In: GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 181 (Obra atualizada por Luiz Edson Fachin); CORDEIRO, José Carlos. **Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material**. São Paulo: Max Liminad, 2001, p.78; SOARES, Herbert Barros Soares. **Usucapião especial urbana individual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 69; TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 4: direito das coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011, ps. 183, 184; José Carlos de Moraes Salles. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 212-213; MELO, Diogo Leonardo Machado de. Usucapião ordinária tabular do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002: questões controvertidas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 334.

¹⁹⁷ Tartuce e Simão consignam que a posse é qualificada pelo cumprimento da função social, em um sentido positivo, já que exige a moradia ou a realização de investimentos de interesse social e econômico (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**, v. 4: direito das coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011, p. 183-184).

¹⁹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de; VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 250.

¹⁹⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil**

É interessante notar que, embora não tenha sido mencionada a “posse qualificada pela função socioambiental”, tal sentido pode ser extraído dos ensinamentos de Reale, notadamente ao explicitar o princípio da socialidade que norteou a elaboração do Código Civil de 2002, que explicitou o surgimento de “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 morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”, em consonância com os fins sociais da propriedade²⁰⁰.

Ao examinar as regras pertinentes às modalidades especiais de aquisição da propriedade pela usucapião (especial urbana e especial rural), previstas nos artigos 183, 191, da Constituição Federal, 1.239 e 1.240, do Código Civil, agora com os olhos voltados para os valores consagrados por meio dos princípios constantes de ambas as normas, Farias e Rosenvald também destacam que a qualificação da posse nos referidos casos de usucapiões evidencia a concretude da função social, também em razão do prestígio conferido à moradia e ao labor nas duas modalidades (urbana e rural).

Os autores, inclusive, manifestam concordância com o entendimento de Sarlet, quando defende que tal concretude ocorre, inclusive, nas relações privadas, vinculando os particulares, notadamente por representarem manifestações de direitos sociais, de dimensão prestacional, “naquilo que estiver em causa o designado mínimo existencial”²⁰¹.

Na visão de Farias e Rosenvald, o caso de usucapião especial urbana consubstancia “mais uma maneira de promover o direito fundamental à moradia, assegurando-se um patrimônio mínimo à entidade familiar, na linha de tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana”^{202 203}, tanto que o benefício é concedido

Brasileiro. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 250.

²⁰⁰ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil.** RT 752, p. 22-30. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 09 set. 2016.

²⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** direitos reais. v. 5. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 435.

²⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** direitos reais. v. 5. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 435. Os autores citam como exemplos de meio de produção ou de investimentos o funcionamento de uma cooperativa de trabalhadores rurais ou a própria exploração agrícola.

em caráter pessoal, não se admitindo em caso de utilização do imóvel para fim comercial, muito menos em caso de *accessio possessionis*²⁰⁴ ou a *sucessio possessionis*, exceto, nesta hipótese, se ao tempo do óbito o sucessor já residida no local^{205 206 207 208}.

No caso da usucapião especial rural, Farias e Rosenvald afirmam que a função social é ainda mais “é mais intensa do que na modalidade da usucapião urbana”, pois não basta a pessoalidade da posse pela moradia, sendo exigido, ainda, outra qualificadora, qual seja, “o exercício de uma atividade econômica, seja ela rural, industrial ou de mera subsistência da entidade familiar”, objetivando tornar a terra produtiva^{209 210}.

²⁰³ Neste sentido: “Com a usucapião habitacional, o legislador pretende atenuar as dificuldades de acesso à casa própria e diminuir o grau de distorção existente na distribuição de riqueza, favorecendo a chamada *justiça social*” (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 4: Direito das Coisas. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147).

²⁰⁴ Enunciado 317, das Jornadas de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal: Art. 1.243. A *accessio possessionis*, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.

²⁰⁵ No mesmo sentido: MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 120.

²⁰⁶ Descrevendo o sentido de moradia, vide: CORDEIRO, José Carlos. **Usucapião constitucional urbano**: aspectos de direito material. São Paulo: Max Liminad, 2001, p.78.

²⁰⁷ Neste sentido, expõe Salles: “O prescribente deve, necessária e obrigatoriamente, residir na área urbana usucapienda, só ou acompanhado de sua família. Mas o requisito da moradia é indispensável. Por isso, se, ao invés de morar no imóvel, vier a utilizá-lo para *fins comerciais, industriais* ou de *prestação de serviços* (v.g., serviços de advocacia, odontologia, medicina, etc.), a posse assim exercida não será *ad usucapionem*, pelo menos com esteio no art. 183 da Carta Magna da República. Poderá ser útil ao *usucapião extraordinário* ou até mesmo ao *usucapião ordinário*, ocorrendo os requisitos do justo título e da boa-fé, modalidades previstas nos arts. 550 e 551 do Código Civil; não, porém, ao usucapião especial urbano, instituído pelo art. 183 da Constituição Federal de 1988”. (José Carlos de Moraes Salles. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 215-216).

²⁰⁸ No mesmo sentido: “Parece inegável ser esse mais um exemplo de que o Código Civil de 2002 prestigia o possuidor cumpridor da função social, abreviando, no caso, o prazo de usucapião daquele que houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, permitindo que determinados possuidores, com perfil e atuação social específicos, adquiram finalmente do proprietário o imóvel reivindicado, punindo-se, em prestígio ao princípio da atividade, a inação do titular” (MELO, Diogo Leonardo Machado de. Usucapião ordinária tabular do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002: questões controvertidas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 334).

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 8 ed. Salvador: Lumen Juris, 2012, p. 435.

²¹⁰ Pereira também segue entendimento semelhante. Vejamos: “As características fundamentais desta categoria especial de usucapião baseiam-se no seu caráter social. Não basta que o usucapiente tenha a posse associada ao tempo. Requer-se, mais, que faça da gleba ocupada a sua morada e torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo desta sorte a subsistência da família, e concorrendo para o progresso social e econômico. Se o fundamento ético do usucapião tradicional é o trabalho, como nos parágrafos anteriores deixamos assentado, maior

Neste sentido, Pereira e Nader esclarecem que “as características fundamentais desta categoria especial de usucapião baseiam-se no seu caráter social”, motivo pelo qual é exigido que o possuidor, além dos demais requisitos, “faça da gleba ocupada a sua moradia e torne produtiva pelo seu trabalho ou seu cultivo direto, garantindo desta sorte a subsistência da família, e concorrendo para o progresso social e econômico”²¹¹, demonstrando que se busca atribuir à hipótese “o sentido social da propriedade e imperativos de justiça social”^{212 213 214}.

Ainda em relação a usucapião especial rural, expõe Resek que a posse *pro labore* deve respeitar a função da terra, havendo sentido em se exigir a moradia e exploração econômica pois o benefício é conferido “ao pequeno trabalhador rural com sua família, tendo por base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), para o acesso dos cidadãos brasileiros à propriedade privada dos bens (art. 5º, caput, c/c inc. XXII), visando a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III)”²¹⁵. Diz o autor:

Como já reconhecido pela maioria dos estudiosos e defensores de um conceito diverso de posse agrária, esses dois requisitos não possuem a generalidade para caracterizar todos os casos aos quais se poderia atribuir um conceito diverso de posse, dentro do Direito Agrário. São, em verdade, medidas protetivas dos economicamente mais fracos, presentes na generalidade dos ramos jurídicos, baseadas no princípio da justiça social²¹⁶.

ênfase encontra o esforço humano como elemento aquisitivo nesta modalidade especial” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direitos Reais. v. 4. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152).

²¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direitos Reais. v. 4. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

²¹² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 4: Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 146-147.

²¹³ Segundo Gonçalves, “para que ocorra a redução do prazo não basta comprovar o pagamento de tributos, uma vez que, num país com grandes áreas despovoadas, poderia o fato propiciar direitos a quem não se encontra em situação efetivamente merecedora do amparo legal. Pareceu mais conforme aos ditames sociais, segundo justificativa apresentada por Miguel Reale, situar o problema em termos de ‘posse-trabalho’, que se manifesta por meio de obras e serviços realizados pelo possuidor ou de construção, no local, de sua moradia” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vl. V: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006, p.237).

²¹⁴ 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” (ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 373).

²¹⁵ REZEK, Gustavo Elias Kallás et al. **Amplitude do Princípio da Função Social da Propriedade no Direito Agrário**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74-75.

²¹⁶ REZEK, Gustavo Elias Kallás et al. **Amplitude do Princípio da Função Social da Propriedade**

Além das referidas hipóteses de usucapiões, a posse qualificada objetivamente pela função socioambiental também se mostra presente no parágrafo 4º, do artigo 1.228, do Código Civil, que trata da chamada desapropriação judicial, que prescreve a possibilidade de aquisição judicial forçada da propriedade pelos possuidores quando houverem realizado no imóvel “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” (1.228, § 4º).

Trata-se de dispositivo que tem gerado inúmeros debates e controvérsias, conforme será exposto adiante, valendo ressaltar, todavia, a qualificação objetiva da posse indicada no presente tópico, pois permite a aferição do tratamento distinto para o caso de a posse exteriorizar valores sociais importantes.²¹⁷ Neste sentido, conforme ressaltada Cassettari, “devemos interpretar o instituto da desapropriação judicial como uma forma de auxílio no cumprimento da função social da propriedade e da posse”, lendo “o referido instituto à luz do preceito constitucional da solidariedade social”, que origina tal função^{218 219}.

No referido contexto, é justificável que qualificação da posse indicada no dispositivo

no Direito Agrário. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74-75.

²¹⁷ Segundo expõe Caldas, “a medida tem implícito o princípio de eticidade, ou seja, a possibilidade de se chegar à concreção jurídica através do princípio da operabilidade do Direito para atender o outro princípio da socialidade de modo efetivo”. O autor indica o seguinte julgado como exemplo de decisão adotando os mesmos valores, ainda na vigência do Código Civil de 1916, ou seja, antes da previsão contida no §4º, do artigo 1.228: Ação reivindicatória. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78 e 589 do CC. Consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade. Apelação desprovida por maioria. TJRS, 6a Câm. Cível, Recurso: Apelação Cível nº 597163518, relator Vencido: João Pedro Pires Freire. Redator para Acórdão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. cm 27.12.2000. Comarca de Origem: Caxias do Sul. Seção: Cível Assunto: I. Prova. 2. Descabimento. Referências Legislativas: CC-524. CC-77. CC-78. CC589. Fonte: 2001, V-18 (ARAÚJO, Fábio Caldas de. VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 177-179).

²¹⁸ CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 116).

²¹⁹ Rizzardo afirma que: “Os poderes assegurados ao proprietário cedem ante outros direitos mais preponderantes e vitais, forçosamente reconhecidos em razão do direito natural. Assim, se uma determinada quantidade de pessoas se estabeleceu em certa área, lá erguendo suas moradias, e não se lhe proporcionando qualquer outra oportunidade para fixar a residência, é de direito que se proclame a função social da propriedade, a merecer a tutela estatal, que encontra respaldo no próprio direito à vida, pois, repetindo o bispo Dom Helder Câmara, se existe uma lei da propriedade privada, existe o direito a uma casa própria” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 179).

seja realizada objetiva e judicialmente no caso concreto, tendo a norma conferido poderes ao juiz “de concretizar conceitos jurídicos indeterminados e verificar se o 'interesse social e econômico relevante' de uma coletividade de possuidores apresenta merecimento suficiente para Justificar a privação de um direito de propriedade”, inclusive, autorizando a construção argumentativa do que “entenda como 'interesse social', mesmo que o beneficiado pelo ato não seja o poder público ou os serviços estatais”, conforme observam Farias e Rosenvald²²⁰.

Vale citar, ainda a título de demonstração da posse qualificada objetivamente pela função social, a concessão de uso especial de bens públicos para fins de moradia, prevista originalmente no Projeto de Lei que ensejou o Estatuto da Cidade (Lei 10.257), substituída, em razão do veto presidencial, pela regulação estabelecida pela Medida Provisória 2.220/01, ratificada parcialmente pela Lei 11.481/2007, que, inclusive, alterou a redação do artigo 1.225, inc. XI, do Código Civil. Trata-se de uma norma decorrente do texto constitucional, tal como destaca a doutrina. Vejamos:

A CF/88 procurou disciplinar o uso da posse e propriedade quanto à sua função social, uma vez que sobre a propriedade hodierna pesa autêntica hipoteca social. A concessão de uso para finalidade de garantia do direito de moradia, ou mesmo da propriedade agrária, para atendimento ao direito à subsistência (arts. 188 e 189 da CF/88) revelam a orientação moderna sobre o tema. A previsão da concessão de uso para fins de moradia reflete o reconhecimento de que os bens públicos, ainda que não possam se submeter à prescrição aquisitiva, podem e devem, cumprir sua função social²²¹.

No mesmo sentido, Farias e Rosenvald afirmam que a concessão de uso especial de bens públicos para fins de moradia está diretamente relacionada à função social da posse, tendo amparo na Constituição já que “a moradia é direito social fundamental (art. 6º da CF, redação conferida pela EC nº 26/2000) e a própria Constituição Federal estabeleceu que 'o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem e a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil'”²²².

²²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80.

²²¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 68.

²²² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 851.

De todo o exposto, torna-se não apenas útil, mas também imprescindível a compreensão de que a posse qualificada pelo cumprimento da sua função socioambiental, além de ratificar a já anunciada vocação para a realização do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais à propriedade, à moradia e ao labor, encontra neste exercício funcional a sua legitimação constitucional como instituto autônomo e merecedor não apenas de proteção, mas também, de uma fundamentalidade capaz de gozar de precedência em relação a outros direitos fundamentais. Tal precedência, inclusive, será determinante para a tipificação da afetação da propriedade privada ao interesse social e, conseqüentemente, da hipótese de desapropriação judicial indireta, mesmo que em casos excepcionais.

2 A FUNDAMENTALIDADE DA PROPRIEDADE E DA MORADIA, PERMEADA PELA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E PELA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

A fundamentalidade da posse que foi exposta no capítulo anterior está formal e materialmente abrangida pela fundamentalidade do direito de propriedade (art. 5º, caput e inc. XXII), partindo-se da premissa de que a posse é vocacionada para a concretização da dignidade humana, do mínimo existencial e também de outros direitos fundamentais como os de moradia e à propriedade. É ínsito tanto à posse quanto à propriedade, como elemento constitutivo, a função socioambiental (arts. 5º, inc. XXIII, e 225), ou seja, a destinação empírica dos bens em prol dos interesses social, econômico e ambiental, necessários na comunidade na qual estão inseridos, como condição para a coexistência humana.

Apesar da mencionada fundamentalidade, a posse também serve como instrumento para a concretude de outros direitos fundamentais, como o de e à propriedade e o de e à moradia. Conforme será exposto, além do direito fundamental de propriedade, também deve ser reconhecido o direito fundamental à propriedade, como inerente a um patrimônio mínimo, alcançável jurídica e empiricamente por meio da posse. O mesmo ocorre em relação ao direito fundamental social à moradia, previsto na Constituição Federal (art. 6º, caput), que também abarca o direito fundamental de moradia, realizável por meio da posse qualificada objetivamente.

O quadro, contudo, pode ensejar conflito de interesses antagônicos de possuidores e proprietários, todos interessados na realização de seus direitos fundamentais que, inclusive, podem ser os mesmos (de ou à propriedade, de ou à moradia ou simplesmente de posse), a justificar a aplicação de uma teoria que busca uma solução racionalmente admissível juridicamente, qual seja, a teoria dos princípios colidentes de Alexy, que utiliza da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Como o objetivo exposto no presente trabalho é examinar a possibilidade de se

reconhecer judicialmente a ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais, será inevitável enfrentar a colisão entre princípios ou direitos fundamentais, como forma de se aferir, mesmo como parâmetro exemplificativo e excepcional, quais as possibilidades fáticas e jurídicas que justificam a precedência de um em desfavor de outro direito fundamental.

Antes do exame das referidos possibilidades fáticas e jurídicas, serão expostos o regime constitucional de proteção do direito de propriedade, a fundamentalidade dos direitos de e à propriedade e moradia, além da compreensão da teoria dos princípios colidentes, da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação entre princípios ou direitos fundamentais.

2.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE (FUNCIONAL)

A análise do direito de propriedade fascina qualquer pesquisador, especialmente por representar um direito histórica e umbilicalmente vinculado aos principais direitos e deveres individuais e coletivos, como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. Trata-se de um direito inerente à personalidade humana e, como tal, merece reflexão e a sua compreensão a partir da sua perspectiva jurídico-constitucional, capaz de ratificar sua condição privatista e, ao mesmo tempo, sua vocação como instrumento socializante.

No referido contexto, merece atenção a previsão e evolução histórica do sistema constitucional de proteção da propriedade, tradicionalmente tutelado como extensão da personalidade humana e expressão da sua liberdade e cidadania, seja durante a vigência e ápice do Estado Liberal, seja na transição para o desejado Estado Social.

Por conformar – e até mesmo condicionar – tal proteção, merece exame a evolução

do princípio da função social da propriedade, notadamente na vigência das Constituições republicanas, que demonstraram a possibilidade de convivência e harmonia entre a propriedade privada e uma função socializante.

A leitura do regime jurídico-constitucional da propriedade, bem como as manifestações doutrinárias a respeito, contribui tanto para uma visão do panorama mais moderno do referido direito, quando para o entendimento das expectativas futuras acerca do seu aspecto teleológico.

É certo afirmar que, mesmo tendo seu conceito, sua classificação, seus efeitos, formas de aquisição e de perda descritos no Código Civil, delineadores do regime jurídico infraconstitucional, o direito de propriedade sofreu os efeitos do “ciclo constitucionalista” que sucedeu as declarações de direitos do século XVIII, merecendo um tratamento constitucional diferenciado dentre os direitos e garantias individuais e os princípios da ordem econômica.

Tal tratamento pode ser percebido a partir do relato histórico do instituto nas Constituições brasileiras, contextualizando os dispositivos mais importantes segundo a doutrina específica, permitindo a sua compreensão nos dias atuais e as dificuldades historicamente enfrentadas até a promulgação da Constituição em vigor, considerada democrática, moderna e fértil no trato da função social da propriedade

Influenciadas pelo panorama individualista e liberal reinante, as Constituições de 1824 e 1891 protegeram o direito de propriedade perante o Estado, segundo uma perspectiva vertical, sendo possível constatar a excepcionalidade da intervenção ou limitação ao direito, inicialmente em caso de necessidade de uso legalmente autorizado e, posteriormente, nas hipóteses de expropriação por necessidade/utilidade públicas ou relacionadas à exploração do solo^{223 224}.

Prescreveu a Constituição de 1824, por exemplo, a inviolabilidade dos Direitos Civis, tendo como base os direitos de liberdade, segurança individual e a propriedade,

²²³ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: eficácia e racionalidade à luz da constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005, p. 29-32.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 529.

sendo esta garantida em toda a sua plenitude, inclusive, mediante indenização em caso de uso em favor do bem público (art. 179, caput e inc. XXII)²²⁵ De igual forma, dispôs a Constituição de 1981 a inviolabilidade do direito de propriedade, com a ressalva quanto a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia (art. 72, caput e § 17)²²⁶.

Sobre as referidas disposições constitucionais, afirma Moraes que as nossas primeiras Constituições limitaram-se

[...] a declarar garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude, ressalvada a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade social, silenciando acerca de qualquer limite ao direito de propriedade em geral, tal como preconizava o individualismo liberal burguês, numa declaração já anacrônica e retrógrada, notadamente, em relação à Constituição de 1891²²⁷.

Ao comentar as mesmas prescrições constitucionais, afirma Souza o prestígio conferido à propriedade privada, especialmente sob a influência da Constituição portuguesa de 1822, destacando que tal documento retratava o panorama econômico, social e político vigente na ocasião, que repercutiu nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891, omissas em relação ao condicionamento ou compatibilização do exercício do direito à observância do interesse social.

Segundo Souza, o enfoque conferido naquele momento era direcionado aos direitos individuais, ao menos como estrutura principiológica, sem a preocupação com o interesse social, tanto que a propriedade foi regulamentada “como uma das condições básicas à inviolabilidade dos direitos civis e políticos do cidadão, ao lado da liberdade e segurança individual” (art. 179, CF/1824), o que demonstra a “forte identificação dessas modalidades jurídicas”²²⁸.

A proteção constitucional conferida ao direito de propriedade era compatível com as

²²⁵ BRASIL. **Constituição [do] Império (1824)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²²⁶ BRASIL. **Constituição [da] República (1891)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

²²⁷ MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

²²⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 104-105.

circunstâncias políticas, econômicas e sociais do momento histórico, voltadas para a independência do país e posterior transição do período imperial para o republicano, tendo uma sociedade predominantemente agrária, situação que justificava a falta de condições apropriadas para o trato do interesse social ou do aspecto teleológico da propriedade. Neste sentido, expõe Costa que:

[...] demarcando a instauração de um regime de princípios absolutistas e liberais, a ‘Carta Imperial’ de 1824 incompatibilizava os direitos individuais elencados, reflexo dos ideais liberalistas da época, em face dos mecanismos centralizadores do poder inerentes à pessoa do Imperador e, ainda, levando-se em consideração a sociedade de concepção escravocrata respectiva²²⁹.

Referida Constituição Imperial vigorou por 65 anos, período que permitiu o “aumento de movimentos motivados por ideais republicanos e federalistas”²³⁰ e a consequente queda do Império, também decorrente de outros fatores como:

[...] a aspiração federalista, o ideal presidencialista das novas gerações civis sem compromissos com a Coroa; o sectarismo positivista; o ressentimento dos senhores de escravos; o envelhecimento do imperador sem herdeiro masculino e a crescente arrogância militar²³¹.

Seguindo a evolução histórica, afirma Souza, ao comentar a Constituição de 1891, que a identificação do liberalismo ficou ainda mais forte diante da redução das limitações ao direito de propriedade, agora por influência da “concepção liberalista norte-americana sobre a propriedade individual”. Segundo o autor, “o enquadramento da propriedade dentre os direitos absolutos e inalienáveis da pessoa humana, concebidos na vigência da mencionada fase liberal, ficou muito nítido por meio do Ato de Proclamação do Governo Provisório, no dia 15.11.1889, quando da proclamação da República”²³², que assim dispôs:

²²⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 167-169. Pelas razões expostas, sustenta a autora que não era possível atribuir uma função social à propriedade naquele momento histórico, mas apenas assegurar o pleno exercício dos poderes inerentes ao domínio.

²³⁰ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 170.

²³¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 123, *apud* Cássia Celina Paulo Moreira Costa, op. cit. p.171.

²³² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 106-107.

No uso das atribuições e faculdades extraordinárias de que se acha investido para a defesa da integridade da pátria e da ordem pública, o governo provisório por todos os meios ao seu alcance promete e garante a todos os habitantes do Brasil, nacionais e estrangeiros, a segurança da vida e da propriedade, o respeito aos direitos individuais e políticos, salvo, quanto a estes, as limitações pelo bem da pátria e pela legítima defesa do governo proclamado pelo povo, pelo exército e pela armada nacionais²³³.

Seguindo o mesmo pensamento, afirma Costa que a relevância conferida ao direito de propriedade não compatibilizava, na ocasião, com a sua função social, pois a sociedade interpretava que as limitações ao direito de propriedade “configurava atentado ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa”, sendo este o motivo de “não haver menção expressa à participação ativa da propriedade no processo de integração social”²³⁴.

Não obstante o panorama reinante nos primeiros anos de República, Silva destaca que “o sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império”. Afirma o autor que o governo federal se amparava nos governos estaduais, que, por seu turno, escorava-se no chamado coronelismo, “fenômeno em que se transmudaram a fragmentação e a disseminação do poder durante a colônia, contido no Império pelo Poder Moderador”. Diz o autor:

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente²³⁵.

Segundo o renomado constitucionalista, tal estrutura de poder vigorou até 1930, quando já havia um desenvolvimento econômico capaz de promover o “desmonte do coronelismo, ou, quando nada, o seu enfraquecimento”, comandada pela liderança de Getúlio Vargas, que assumiu o poder se inclinando para a questão social,

²³³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.

²³⁴ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 171.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.

impulsionando a já mencionada transição constitucional²³⁶. Ocorre, então, uma nova ruptura constitucional mediante a promulgação da segunda Constituição da República em 1934.

Ao relatar o momento histórico mundial relacionado ao denominado ao viés social do constitucionalismo, expõe Bonavides que:

[...] o constitucionalismo social - aquele que nas relações do indivíduo com o Estado, e vice-versa, faz preponderar sempre o interesse da sociedade e o bem público - teve, em termos de positividade, o berço de sua formação, ou sua base precursora, conforme a história e os textos nos relatam e atestam, em duas Constituições da América Latina: a da Venezuela, de 1811, e a do México, de 1917²³⁷.

Contudo, registra o renomado jurista que:

[...] em países do chamado Primeiro Mundo, essas duas grandes Cartas, movimentos do nosso passado constitucional, ficaram deslembadas em apontamentos e referências históricas de enumeráveis publicistas e autores de nomeada, que já escreveram sobre o tema. [...] Num paralelo comparativo, em matéria de constitucionalismo primogênito, a Constituição da Venezuela esteve para a de Cadiz assim como a do México para a de Weimar ²³⁸.

Sarlet, por seu turno, afirma que, mesmo tendo vigência efêmera, a Carta de 1934 foi a mais criativa das Constituições republicanas, “fruto do movimento de 1930 e da Revolução Constitucionalista de 1932, e pode ser considerada como o momento constitucional que marcou a introdução do constitucionalismo social no Brasil”, merecendo destaque a forte influência do “corporativismo fascista, o que, de resto, acabou por se constituir em marca indelével da chamada Era Vargas (1930-1945)”²³⁹.

Influenciada justamente pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil manteve

²³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.

²³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341.

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 243-245.

a inviolabilidade do direito de propriedade, inovando, contudo, ao disposto que tal direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. Também previu a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização, bem como de uso da propriedade particular em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, ressalvado o direito à indenização ulterior (art. 113, caput e § 17)²⁴⁰.

Mesmo seguindo o tradicional prestígio conferido pelas constituições anteriores ao direito de propriedade, ficou demonstrado que “a Constituição de 1934 rompeu com o anterior modelo de Estado liberal, desenhado pelas Constituições anteriores, e delineou um Estado Social, incorporando o chamado ‘sentido social do Direito’”²⁴¹²⁴². Tal era o entendimento da época, conforme exposto por Beviláqua em conferência pronunciada em Fortaleza:

O conceito de propriedade se apresentava no Código Civil sob o cunho algum tanto rígido, apesar da tentativa de o adaptar às exigências da vida social que propusera o Projeto primitivo. Havia, assim, certa inconveniência entre a definição legal (Cód. Civil, art. 524) e as restrições desse mesmo corpo de leis e de outros diplomas legislativos. A Constituição, porém, fixou a verdadeira doutrina social da propriedade, estatuiu: “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. É uma fórmula feliz porque atende na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; do elemento social, que é a razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças, que a evolução cultural impõe à ordem jurídica²⁴³.

A referida doutrina demonstra que a propriedade era compreendida como um direito, já justificado a partir da sua função, tendo como paradigma o Estado liberal, que repercutia nos âmbitos econômico e individual. A função da propriedade era vista, naquele tempo, como sendo a expressão da liberdade humana e condição para o desenvolvimento econômico. Assim, a propriedade atendia às expectativas do

²⁴⁰ BRASIL. **Constituição [da] República (1934)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁴¹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 38-40.

²⁴² No mesmo sentido, salienta Bulos que, “com a ruptura da concepção liberal de Estado, esse texto demonstrou grande preocupação e compromisso com a questão social, traduzida pelas disparidades existentes entre os setores produtivos” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495).

²⁴³ BEVILAQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil: conferência pronunciada em Fortaleza a propósito da Constituição de 1934. Revista dos Tribunais, v. 97/31. São Paulo: RT, *apud*: LACERDA, Manoel Linhares. **Tratado das terras do Brasil: jurisprudência**, v. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1961, p.1438.

momento histórico, político, econômico e social, voltadas primordialmente para a garantia do direito de liberdade perante o Estado e para a concretude do sentido econômico do bem (*affectio tenendi*). É o pensamento exposto por Lacerda:

Na doutrina moderna, a propriedade se justifica pelos seus fins econômico rural (agricultura, pecuária e indústrias rurais); se for urbana, do homem, representa a propriedade um esteio da liberdade, pela garantia que pode fornecer aos indivíduos, da necessária independência, a fim de organizar, manter e educar a Família. [...] Deve, pois, a propriedade desempenhar seus fins, que são esses de assegurar a liberdade, e, quando por qualquer motivo se exerça, sem pretender integrar tal finalidade, pode-se afirmar que a propriedade não se explica como direito²⁴⁴.

Neste sentido, afirma Bontempo que “os rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934 podem ser constatados até mesmo no rol dos direitos e garantias individuais, previstos, com algumas inovações, no art. 113”. Segundo a autora, ao assegurar, no mesmo patamar, a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à propriedade e à segurança individual, o direito à subsistência, torna-se possível notar o “viés social da Constituição de 1934 na configuração de direitos clássicos”, tal como o de propriedade, que, embora garantida, era subordinada ao interesse social ou coletivo²⁴⁵.

Pelas mesmas razões, sustenta Moraes que a inovação foi a precursora da já consagrada função social da propriedade, destacando que, apesar de conter o texto constitucional “apenas um limite negativo”²⁴⁶, segundo a já mencionada perspectiva vertical do Estado perante o cidadão, poderia ser interpretado de forma mais ampla. Inclusive, registra o autor que

[...] o Ilustre João Mangabeira, na comissão incumbida de redigir parte do projeto de Constituição, já havia defendido que se garantisse o direito de propriedade, mas com o conteúdo e os limites que a lei determinasse, e que ela deveria ter uma função social e não poderia ser utilizada contra o interesse coletivo, inspirado na Constituição de Weimar e nas lições memoráveis de Léon Duguit, assim como nas ideias de Gierke, expostas em 1889. [...] Além da desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, e da ocupação temporária da propriedade particular, admitiu-se, expressamente, o dirigismo econômico, com o monopólio de determinadas

²⁴⁴ LACERDA, Manoel Linhares. **Tratado das terras do Brasil**: jurisprudência. v. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1961, p.1437.

²⁴⁵ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005, p. 38-40.

²⁴⁶ MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

indústrias e atividades; a proibição da usura, a nacionalização dos bancos de depósito e das empresas de seguro, das minas e demais riquezas do subsolo, das quedas d'aguas e das empresas jornalísticas²⁴⁷.

Souza, inclusive, salienta que foi a Constituição de 1934 que prescreveu pela primeira vez o princípio da função social da propriedade, dando início a:

[...] um processo de nova conceituação do direito de propriedade, que – em razão da evolução ocorrida com os institutos que contribuíram para o conjunto de edificação do modelo de Estado social aqui erigido a partir de 1930 – passou a dar uma razão do “sentido social do direito” na conformação do seu conteúdo, como esclareceram os autores da época²⁴⁸. O interesse passou, então, a ser transferido do indivíduo como centro para o coletivo, buscando-se uma reflexão na produção de um benefício social²⁴⁹
250.

Ao também justificar o já mencionado “viés social”, Costa explica que Getúlio Vargas “tratava da questão social como fator de integração de uma grande massa populacional miserável que, *pari passu*, conscientizava-se da importância do trabalhador operário no processo de crescimento industrial que se desenvolvia”, sendo necessário, para tanto, o manejo de meios jurídicos para uma “melhor distribuição de riquezas”²⁵¹.

Contudo, afirma Costa que “a tentativa de equilíbrio nos contratos laborais implicaria em reflexos no regime das propriedades, na medida em que os lucros do proprietário sofreriam redução, à proporção que os operários obtivessem maiores vantagens econômicas”, razão pela qual era possível utilizar as medidas de ordem econômica em busca de uma conciliação, mesmo intervindo no direito das propriedades, para a “promoção da integração social, cujo escopo era o de dignificar a existência de todos

²⁴⁷ MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

²⁴⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 107-108.

²⁴⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 107-108.

²⁵⁰ Na mesma linha de pensamento, afirma Silva que a referida Carta de 1934 firmou um compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo, prescrevendo, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82).

²⁵¹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 175.

de maneira mais equânime”²⁵². Conclui a autora:

A “Carta Magna” de 1934, inspirada mais numa tendência social do que em simples adoção de ideologias estrangeiras, inaugurou uma nova fase político-constitucional a qual era tida por uma representativa maioria como sendo a era do intervencionismo estatal, basicamente por ocasião da política intervencionista do Poder Público à propriedade, em suas limitações previstas nos artigos 113, § 17, 18 e 19²⁵³.

Não obstante o mencionado avanço constitucional, havia forte instabilidade política, assim relatada por Silva:

O país já se encontrava sob o impacto das ideologias que grassavam no mundo após-guerra de 1918. Os partidos políticos assumiam posições em face da problemática ideológica vigente: surge um partido fascista, barulhento e virulento – a Ação Integralista Brasileira, cujo chefe, Plínio Salgado, como Mussolini e Hitler, se preparava para empolgar o poder, reorganizava-se o partido comunista, aguerrido e disciplinado, cujo chefe, Luís Carlos Prestes, também queria o poder²⁵⁴.

O referido quadro de instabilidade proporcionou uma nova ruptura, conforme exposto por Silva:

Getúlio Vargas, no poder, eleito que fora pela Assembleia Constituinte para o quadriênio constitucional, à maneira de Deodoro, como este, dissolve a Câmara e o senado, revoga a Constituição de 1934, e outorga a Carta Constitucional de 10.11.37. Instituiu-se pura e simplesmente a ditadura^{255 256}.

²⁵² COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 175-176.

²⁵³ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 176.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82.

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82. Segundo o autor, Vargas assim fundamentou o golpe: “Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”.

²⁵⁶ Segundo Bulos, a Carta de 1937 era conhecida como Carta de Polaca, pois Getúlio Vargas, embalado na posição universal de descrença da democracia, inspirou-se na Carta ditatorial da Polônia, de 1935, editada por Józef Pilsudski, Ministro da Guerra do Premiê Moscicki” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495-496).

²⁵⁷ Neste sentido, expôs Sarlet: “O projeto constitucional, todavia, por mais progressiva que tenha sido, especialmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se afirmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil, visto que, em virtude de golpe desferido em 10 de novembro de 1937, pelo próprio líder do movimento revolucionário que esteve na base do texto de 1934, acabou sendo substituída de forma autoritária, dando lugar ao Estado Novo, pouco mais de três anos após sua entrada em vigor. Sua derrocada precoce pode ser reportada, ainda que não exclusivamente, ao fato de estar permeada por princípios antagônicos, é dizer, apesar de seu ‘brilhanismo jurídico’, não era possível identificar um projeto político hegemônico para o País”

Justificando tal contexto, afirma Sarlet²⁵⁸ que a década de 1930 foi marcada por turbulências decorrentes das Revoluções de 1930 e 1932, que continuaram mesmo após a Constituição de 1934, repercutindo na instabilidade político-institucional. Diz o autor:

O fato é que também no Brasil se faziam sentir, de modo intenso, as agitações ideológicas, de perfil extremista, que vicejavam na Europa, notadamente as diversas correntes do fascismo (até mesmo o nacional-socialismo, embora de forma mais tímida, alcançou o Brasil) e do socialismo e comunismo, tudo potencializado pela crise da economia mundial, especialmente em função das consequências desastrosas da crise de 1929. Com efeito, foi neste período que, sob a liderança de Plínio Salgado, surgiu a Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista, assim como foi nesta época que ocorreu a reorganização do Partido Comunista no Brasil, sob o comando de Luis Carlos Prestes, sujeito, de resto, à disciplina estrita do Comitê Central Soviético, culminando com o malogro da chamada “Intentona Comunista”, de 1935²⁵⁹.

Segundo Sarlet, o quadro explica, de certa maneira, a facilidade que Getúlio Vargas teve para, mediante “argumentos de manutenção da ordem” dissolver a Câmara e o Senado e outorgar a Constituição de 1937, dando ao seu “Estado Novo”, uma aparente constitucionalidade. Afirma o autor:

O perfil profundamente autoritário e controlador, especialmente em relação à dissidência política, aos meios de comunicação e às organizações sindicais, foi assegurado, entre outros aspectos, por meio da implementação da polícia política, com seus órgãos institucionais, como o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), o Tribunal de Segurança Nacional, a Delegacia Especial de Segurança Pública e Social (DESPS) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), articulados com a finalidade de perseguição política e de uniformizar as massas, mediante a doutrina ideológica do regime²⁶⁰.

(SARLET, Ingo Wolfgang. **O sistema constitucional brasileiro**: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 243-245).

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 245-247.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 245-247.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988, In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 245-247.

Quanto ao direito de propriedade, dispôs a Constituição de 1937 que era assegurado tal direito, “salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”, com a ressalva de que “o seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício” (art. 122, caput e § 14)²⁶¹.

Mesmo havendo quem defenda a manutenção do princípio da função social da propriedade no mencionado texto constitucional^{262 263}, predomina o entendimento de que houve retrocesso quanto à questão social, já que foi retirada a previsão anterior que conformava o exercício da propriedade mediante a compatibilização com o interesse social ou coletivo, tendo a nova Constituição apenas mantido a previsão como direito e garantia, ressaltando a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e a possibilidade de fixação legal de limites ao exercício da propriedade^{264 265}. Assim, como características relacionadas ao direito de propriedade, descreve Moraes²⁶⁶:

A Carta de 1937 garantiu o direito de propriedade, relegando à lei ordinária a incumbência de definir seu conteúdo e seus limites (art. 122, n. 14). Quanto ao intervencionismo estatal no domínio econômico, só se admitia excepcionalmente, isto é, para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, no interesse da Nação. Foram mantidas a proibição da usura, a nacionalização das minas, quedas d'águas e outras fontes de energia, dos bancos de depósito e empresas de seguro, admitia-se o usucapião pro labore, reproduzindo o art. 125 da Constituição de 1934.

²⁶¹ BRASIL. **Constituição [da] República (1934)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁶² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 108.

²⁶³ É o pensamento extraído dos seguintes acórdãos: “Prevalece agora quanto à propriedade o conceito teleológico, que se resume em atribuir ao direito dominical um fim econômico e social, tornando cada vez mais possível o princípio da solidariedade” - Ac. da 2ª Turma da Câmara Cível do Tribunal de Pernambuco, em 4-8-39, na Revista dos Tribunais, vol 127/576; “A antiga noção de propriedade, que não vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos, completou-se com o da sua utilização posta ao serviço do interesse social; a propriedade não é legítima senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade”- Ac. do STF, em reunião plenária em 17-6-42, Rel Castro Nunes, Revista dos Tribunais vol 147/785. In: LACERDA, Manoel Linhares de. **Tratado das terras do Brasil**: jurisprudência. v. IV. Rio de Janeiro: Alba LTDA, 1961, ps.1438/1439.

²⁶⁴ BRASIL. **Constituição [da] República (1937)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁶⁵ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005, p. 42.

²⁶⁶ MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

Referida Constituição, contudo, conforme observa Silva, não foi regular ou totalmente aplicada, sendo considerada, inclusive, “letra morta”, notadamente em razão da modelo ditatorial de governar de Vargas, que não permitia a concretude de ideologias que semelhantes às de outras ditaduras^{267 268}.

Após o desfecho da Segunda Guerra Mundial e o declínio dos regimes ditatoriais envolvidos, ocorreu um processo de mudanças constitucionais segundo uma influência democrática, quadro que também repercutiu no Brasil, com a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, que restabeleceu direitos e garantias que constavam das Constituições de 1891 e 1934, suprimidos pela Constituição de 1937^{269 270}.

No tocante à propriedade, consignou a nova Constituição, dentre os “Direitos e Garantias Individuais”, que era assegurada a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, sendo esta garantida “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. Também era possível, “em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina”, o uso da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior (art. 141, caput e § 16)²⁷¹.

Dispôs, ainda, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, assegurando, inclusive, “trabalho que possibilite existência digna”, como uma “obrigação social” (art. 145), prescrição conjugada com a de que o uso da propriedade era condicionado ao bem-estar social, podendo a lei, com observância de suas disposições (art. 141, § 16), “promover a justa distribuição da propriedade,

²⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83.

²⁶⁸ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 177.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 85.

²⁷⁰ No mesmo sentido: COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 179.

²⁷¹ BRASIL. **Constituição [da] República (1946)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

com igual oportunidade para todos” (art. 147)²⁷².

Posteriormente foi promulgada a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, trazendo importantes modificações no texto originário de 1946. Com relação à desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ressalvou que a prévia e justa indenização em dinheiro não se aplicava no caso de desapropriação para distribuição da propriedade rural, cujo pagamento se daria mediante títulos especiais da dívida pública, resgatáveis em no máximo vinte anos, em parcelas anuais e sucessivas (art. 141, § 16, com a relação dada pela EC nº 10/64)²⁷³.

A Emenda Constitucional nº 10/64 também conferiu nova redação ao artigo 147, da Constituição de 1946, estabelecendo que o uso da propriedade era condicionado ao bem-estar social, devendo a lei estabelecer hipótese de desapropriação rural objetivando a promoção da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (caput), mediante “a prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública”, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas (§1º)²⁷⁴.

O texto Constitucional demonstra a tradicional garantia do direito de propriedade, equiparado não somente à liberdade e segurança individual, mas também – e pela primeira vez – à própria vida, prevendo a possibilidade excepcional de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, bem como – também pela primeira vez – por interesse social (art. 141, § 16).

A Constituição de 1946 também inovou ao prescrever, agora no título pertinente à ordem econômica e social, o condicionamento do exercício da propriedade à observância do bem-estar social (art. 147), inovação que não apenas ampliou o espectro de garantia do direito de propriedade, mas também da sua funcionalização segundo outras perspectivas econômicas e sociais, visíveis na atualidade²⁷⁵. Neste

²⁷² BRASIL. **Constituição [da] República (1946)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁷³ BRASIL. **Constituição [da] República (1946)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição [da] República (1946)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁷⁵ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade**

sentido, expõe Souza²⁷⁶ ser:

[...] imperioso reconhecer, dentro de uma análise do sistema constitucional, principalmente daquele momento, que o direito de propriedade estava aliado à principiologia da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, portanto o direito de propriedade estava sob os ditames dos direitos individuais e dos direitos econômicos.

Segundo Moraes, trata-se de inegável reconhecimento do princípio da função social da propriedade, previsão que, em seu ver, permitia que o legislador estipulasse não apenas hipóteses de intervenção pública no domínio privado, em prol da sociedade, mas também, de condicionamento do seu exercício à função social²⁷⁷. Era o pensamento da época, que, inclusive, expressava as expectativas em torno da função social da propriedade, notadamente voltadas para a moradia e contra o seu mau uso ou o desuso. Neste sentido, afirmava Lacerda²⁷⁸:

Se for propriedade rural, deve ser ela empregada em algum fim econômico rural (agricultura pecuária e indústrias rurais); se for urbana, deve ser utilizada na construção de moradias, pelo menos, para que o abandono das finalidades específicas da terra, segundo sua natureza, classificação e situação, não cause dano social pela dupla forma de mau uso, que o desuso suscita: a) falta de produção por parte do proprietário; b) impedimento para que terceiros empreguem a propriedade, na produção.

Lacerda elogia a prescrição contida na Constituição de 1946, que, em seu ver, não apenas afirmava ser o uso da propriedade condicionado ao bem estar social, mas também que “o desuso (uso negativo), pode causar dano e infringir o princípio constitucional”²⁷⁹.

Não obstante os avanços, Costa destaca que, não obstante o seu objetivo de compatibilizar e legitimar o então vigente Estado Liberal com as aspirações e influências de um Estado Social, as disposições previstas na Constituição de 1946 não obtiveram sucesso ou concretude diante das suas concepções programáticas,

privada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 179 e 181.

²⁷⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 108-109.

²⁷⁷ MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

²⁷⁸ LACERDA, Manoel Linhares. **Tratado das terras do Brasil**: jurisprudência. v. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1961, p.1437.

²⁷⁹ LACERDA, Manoel Linhares. **Tratado das terras do Brasil**: jurisprudência. v. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1961, p.1437.

especialmente diante da necessária regulamentação infraconstitucional, delegada ao parlamento composto majoritariamente por proprietários²⁸⁰. Afirma a autora:

A ordem econômica, diante do texto da “Carta” de 1946, cujo contexto afastou-se do liberalismo inspirando-se na sedutora democracia social refletida na Constituição de Weimar, sofreu grande impulso, refletindo a substituição do conteúdo constitucional individual para o social. Existia nesse ‘Diploma’ visível preocupação com a previsão de melhores condições laborais, pautadas pelo respeito à dignidade humana, onde havia valorização à liberdade de iniciativa em equilíbrio ao trabalho humano.

Segundo Costa, justamente por ser avançada em sua concepção político-econômico-social, “exigindo intensas mudanças sócio econômicas, a fim de uma justa distribuição de terra e renda”, a Constituição de 1946 provocou o descontentamento das classes dominantes, quadro que, somado às “crises político-governamentais, precipitações populares, instabilidades constitucionais de poderes, inquietações setoriais de cunho conservador em ideologias socioeconômicas remanescentes do governo de Vargas”, provocaram sua deformação por emenda e posterior substituição pela Constituição de 1967²⁸¹.

Seguindo uma redação parecida com a contida no texto constitucional de 1946, a Constituição de 1967 também prescreveu a inviolabilidade do direito de propriedade no mesmo patamar dos demais direitos personalíssimos, ressaltando a hipótese de desapropriação pelos mesmos fundamentos expressos na Constituição anterior, tendo, inclusive, sido mais claro quanto à necessidade de cumprimento da função social como forma de realização da justiça social, compatibilizados os demais princípios da ordem econômica.

Prescreveu que a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 150, caput), também ressaltando que a garantia do direito de propriedade admitia a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, exceto na mesma hipótese tratada anteriormente, ou seja, no caso de desapropriação rural objetivando a promoção da justa distribuição da

²⁸⁰ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 180 e 181.

²⁸¹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 181-182.

propriedade, mediante “a prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública”, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais e sucessivas (arts. 150, § 22, e 157, § 1º). Também dispôs a Constituição, de forma explícita, que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios por ela elencados, dentre os quais se destaca o da função social da propriedade (art. 157, inc. III)²⁸².

Apesar da semelhança redacional com a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 “sofreu poderosa influência da Constituição de 1937, cujas características básicas assimilou”²⁸³, conforme expõe Silva, sendo que, mesmo autoritária como a Constituição de Vargas – pois reduziu a autonomia individual e suspendeu direitos e garantias constitucionais –, foi “menos intervencionista”, avançando “no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária”²⁸⁴.

O texto original da Constituição de 1967, contudo, teve um período curto de vigência, demonstrando, segundo Costa²⁸⁵, uma ineficaz:

[...] tentativa constitucional de redemocratização nacional, onde o país vivenciou um acelerado processo de desenvolvimento econômico, às custas de dívidas externas e sacrifícios financeiros salariais impostos à população, resultando em benefício desarmônico a poucas classes mais abastadas que, por sua vez, apoiaram o combate à oposição urbana e rural.

Todavia, o novo rompimento da ordem constitucional, promovido pelos Atos Institucionais sucessivos e da verdadeira reformulação textual instituída pela Emenda Constitucional nº 1, de 30 de outubro de 1969, não promoveu mudanças substanciais quanto ao direito de propriedade, pois manteve a regra anterior relacionada à inviolabilidade e garantia do direito (art. 153, caput), ressalvou a

²⁸² BRASIL. **Constituição [da] República (1967)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87.

²⁸⁵ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 185.

hipótese de desapropriação, inclusive, relacionada à distribuição de imóvel rural (arts. 153, § 22, e 161), e manteve o princípio da função social (art. 160, III)²⁸⁶.

Referido texto perdurou até a promulgação da atual Constituição de 1988, reclamada em razão insatisfação política e social com o regime militar que governava o país, que, além de insuficiente para o combate à pobreza, desigualdade social, redistribuição de renda e o aumento da inflação, não atendia aos anseios de redemocratização do país.

O relato da proteção e da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988 merece atenção diferenciada em relação às demais Constituições já descritas, tendo em vista tanto a organização, quanto o detalhamento redacional implementado. Já no Título I, pertinente aos princípios fundamentais, descreve a Carta os princípios da cidadania, dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de expor, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, prescrições que inspiram e orientam a função social da propriedade (arts. 1º e 3º, inc. I)²⁸⁷.

Posteriormente, a Constituição em vigor tratou da propriedade dentre os direitos e garantias fundamentais, precisamente dos dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, equiparando tal direito, conforme as Constituições de 1946 e 1967/69, à vida, liberdade e segurança (art. 5º, caput e inc. XXII). Todavia, deixou imediatamente previsto não apenas que tal garantia da propriedade é condicionada ao atendimento da função social (art. 5º, XXIII)²⁸⁸, mas também quais as hipóteses de intervenção pública na propriedade privada (art. 5º, incs. XXIV, XXV, XXVI e LIV)²⁸⁹.

Ao tratar da organização do Estado, descreve a Constituição quais são os bens da União, Estados e Municípios, disposição que confirma também é considerada uma

²⁸⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 (1969)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁸⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 610.

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 mar. 2016.

garantia por confirmar a regra da propriedade privada, sendo pública apenas a propriedade amparada na norma constitucional (arts. 20 e 26)²⁹⁰. Em seguida, tratou da proteção da propriedade no Título que trata da Tributação e do Orçamento, especificamente nas limitações ao poder de tributar, vedando a utilização do tributo para efeito de confisco (art. 150, IV)²⁹¹.

Consignou, ainda, o princípio da função social da propriedade dentre os demais princípios gerais da atividade econômica, no Título da ordem econômica e financeira, imediatamente após explicitar o princípio da propriedade privada e antes dos princípios da livre concorrência e da defesa do meio ambiente, demonstrado que o exercício da propriedade e da livre iniciativa são condicionados à observância do que se denomina na atualidade de função socioambiental (art. 170, III)²⁹².

Ainda dentro do Título da Ordem Econômica e financeira, a Constituição de 1988, além de descrever as hipóteses excepcionais de desapropriação, detalhou o cumprimento da função social tanto da propriedade urbana, quanto da propriedade rural, definindo, ao menos na perspectiva vertical envolvendo a relação entre o ente público e o proprietário privado, como ocorre o cumprimento de tal função e quais as sanções em caso de descumprimento (arts. 182, 184 e 186)²⁹³.

Como visto, a Constituição de 1988 promoveu substancial avanço no tratamento do direito de propriedade, seja no que se refere à proteção, seja quanto ao regramento da sua função social, mantendo a tradicional prestígio conferido à propriedade privada pelas Constituições anteriores. Todavia, a texto em vigor ampliou a responsabilidade quanto à destinação voltada para o atendimento das expectativas sociais, estipulando sanções que podem levar até mesmo à perda da própria propriedade.

Pelo referido motivo, a referida Carta inovou com a criação de instrumentos para o

²⁹⁰ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁹¹ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁹² BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

²⁹³ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

cumprimento da função social, especialmente em favor do Poder Público, sempre voltados para a harmonização do exercício da propriedade privada aos objetivos gerais da atividade econômica e social. Foi a partir desta Constituição que se desenvolveu, efetivamente, toda uma teoria voltada para a compreensão da deste elemento teleológico do instituto, seja qual for a espécie de bens, seja qual for a relação jurídica estabelecida (público ou privada).

Tal compreensão, nas palavras de Zavascki, demonstra que a função social “diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que a sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário”. Resta justificado, então, segundo o autor, a submissão dos bens, genericamente considerados, à destinação social, “e não o direito de propriedade em si mesmo”²⁹⁴.

Carvalho, por sua vez, esclarece que, “ao dispor que ‘a propriedade atenderá a sua função social’, o artigo 5º, XXIII, da Constituição, a desvincula da concepção individualista do século XVIII”, passando a ser exercida em prol da comunidade ou coletividade²⁹⁵, disposição que, nas palavras de Cotrim, é capaz de comprovar que o direito constitucional “não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas condena a utilização do bem de maneira puramente egoística, sem levar em conta o interesse alheio e o da sociedade”²⁹⁶.

Ainda sobre a compreensão da função social da propriedade a partir da Constituição de 1988, vale mencionar, pela precisão das colocações, o pensamento de Arone ao explicar a compatibilização da garantia do direito de propriedade com a observância do princípio da função social. Diz o autor que:

[...] a propriedade contemporânea se encontra arrimada em dois princípios jurídicos que conduzem à sua compreensão como faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos na ingerência da coisa, para possibilitar suas faculdades reais na mesma, bem como do dever desse sujeito, agora na condição passiva do adimplemento, volver o domínio em

²⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **A reconstrução do direito privado: a tutela da posse na constituição e no projeto do novo código civil**. São Paulo: RT. 2002. p. 845-846.

²⁹⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008, p. 737.

²⁹⁶ GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. In: **Revista dos Tribunais**, v. 833, São Paulo: RT, 2005, p.97-103.

prol do coletivo, funcionalizando-o, de modo que o bem atenda o fim social que lhe é destinado²⁹⁷.

Afirma Arone que a “abertura do conceito perseguido advém pelo preenchimento axiológico pelos dois princípios que concorrem na sua construção, a informá-lo diretamente”²⁹⁸. Vejamos:

O princípio da garantia da propriedade, como acesso e defesa da propriedade individual privada e seu livre exercício, trazendo em seu bojo valores individualistas, aceitos pelo princípio da liberdade em seus limites e o princípio da função social da propriedade, exacerbador do pluralismo, informado pelo princípio da igualdade, que fazendo contraponto ao anterior, relativiza o individualismo pelo interesse público e social. Ambos princípios restam positivados em nossa Constituição, no artigo 5º, respectivamente nos incisos XXII e XXIII enquanto princípios especiais, densificadores dos que lhe são mais abstratos (estruturantes, fundamentais e gerais) e densificados pelos que lhes são menos abstratos (especialíssimos e regras). Nessa medida, decorre que a propriedade não atende ao seu fim social quando sua destinação é incompatível com o interesse coletivo, devendo essa ser redirecionada. Tendo em vista que o interesse individual também tem abrigo em nosso sistema, não cabe seja simplesmente ignorado e, sim, compatibilizado²⁹⁹.

Sobre a prescrição constitucional prevista no art. 170, em seus incisos II e III, diz Arruda Alvim que a Constituição de 1988 “coloca a propriedade privada e a sua correlata função social como princípios da ordem econômica, de modo que se possa disciplinar a propriedade também sob o peso desse valor correlacionadamente com a ordem econômica, impor restrições e sanções no caso de descumprimento”³⁰⁰. Pensamento semelhante é exposto por Carvalho, quando afirma:

A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum: enquanto as obrigações de não fazer impostas ao proprietário

²⁹⁷ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.182-183.

²⁹⁸ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.182-183.

²⁹⁹ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p.182-183.

³⁰⁰ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. v. 11. Rio de Janeiro: Forense. Neste sentido: “A inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social - conúbio entre os incisos II e III do art. 170 - mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna” (GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na constituição de 1988**: Interpretação e crítica. São Paulo: RT. 1990. p. 247).

se acham ligadas ao poder de polícia, as obrigações de fazer decorrem da função social da propriedade. Mencione-se, ainda, que a função social da propriedade vai além das limitações que lhe são impostas em benefício de vizinhos, previstas no Código Civil, pois que elas visam ao benefício da comunidade, do bem comum, do interesse social³⁰¹.

Ao comentar os artigos 182 e 191 da Constituição Federal, expôs Arruda Alvim que os referidos dispositivos “concretizam, em suas linhas matrizes, em certa escala, a significação de *função social*, que se desdobra em normatividade de nível inferior à constitucional”³⁰², criando referenciais constitucionais acerca da propriedade urbana e rural, voltados para o atendimento do bem estar que deve decorrer das relações econômicas. Diz o autor:

Se, de uma parte, a legislação torna menos vaga a expressão função social da propriedade, a partir dos seus mandamentos, de outra, isso ressalta que salvo casos residuais e manifestos de mau uso da propriedade para além desses mandamentos, não pode haver interferência no direito de propriedade, em relação ao exercício do referido direito, inclusive o seu uso, pelo proprietário. Em outros termos, ao mesmo tempo em que esses mandamentos implicam modelar restritivamente o perfil do direito de propriedade (e, o respectivo exercício, v. g., art. 1.228, § 2º), também significam, no seu reverso, uma expressão da garantia da propriedade que a esse modelo se encontra amoldada³⁰³.

O que exposto em relação à Constituição de 1988 demonstra que a atual proteção constitucional ao direito de propriedade deve se harmonizar ou compatibilizar com o atendimento da sua função social, assim compreendido como sendo o exercício dos poderes inerentes ao domínio em prol do bem estar geral, ou seja, das expectativas da sociedade quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O breve relato desenvolvido no presente tópico retrata, por meio do exame constitucional da proteção do direito de propriedade e da função social, as mudanças sociais, políticas e econômicas vivenciadas no Brasil nos últimos dois séculos no Brasil, período em que ocorreu tanto o ápice do Estado Liberal quanto a transição para o Estado Social que, apesar de ainda incompleta, teve significativo

³⁰¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 737.

³⁰² ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³⁰³ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao código civil brasileiro**. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

avanço com a promulgação da Carta de 1988, considerada democrática e moderna.

Mesmo refratário a mudanças repentinas, já que representa um direito já considerado sagrado, que se confunde com os sentidos de liberdade e igualdade, a propriedade sempre mereceu especial proteção constitucional, ratificada pelo princípio reinante da propriedade privada e moldada por cada momento histórico vivido pela sociedade brasileira, seja em sua fase mais liberal, individual ou egoísta, seja em seu momento mais fraterno e social.

A minuciosa regulamentação constitucional desenvolvida pela Constituição de 1988 serve para demonstrar a prevalência atual do elemento teleológico da propriedade privada, considerado capaz de viabilizar a concretude não apenas dos principais direitos e garantias do indivíduo perante o Estado ou os demais cidadãos, mas também realizar os princípios da ordem econômica e social, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mesmo que de forma singela, o panorama histórico realizado no presente tópico contribui para a compreensão das referidas fases, movidas por influências, expectativas e frustrações, mas que serviram para moldar ou condicionar, de forma progressiva, a referida proteção constitucional do direito de propriedade, inicialmente em prol do que se entendia como interesse público, posteriormente em favor do que se denominou função social.

2.2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DO DIREITO À PROPRIEDADE

A fundamentalidade do direito de propriedade é definida a partir de sua previsão expressa no ordenamento constitucional brasileiro, tratado com o mesmo *status* concedido a direitos como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, tendo, em consequência, proteção material e formal. Referida “força jurídica constitucional”³⁰⁴,

³⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São

todavia, decorre do contexto político e social que envolve, sobretudo, sua relação umbilical com o direito de liberdade, reconhecida pela doutrina como existente especialmente quando da definição de direitos como fundamentais³⁰⁵. Há, ainda, quem qualifique a propriedade como uma das matrizes que justificaram historicamente os denominados direitos fundamentais³⁰⁶.

A evolução dos direitos fundamentais, todavia, faz emergir a percepção de novas dimensões de direitos, representativos de valores sociais considerados imprescindíveis à dignidade humana, fazendo com que a fundamentalidade da propriedade atingisse tanto uma perspectiva negativa, de proteção contra a indevida ingerência pública ou privada, quanto uma perspectiva prestacional, voltada para garantir não apenas o mínimo existencial, mas também segurança jurídica e, conseqüentemente, o núcleo mínimo do referido direito.

É possível sustentar, desta forma, que, além de um direito de propriedade, também existe um direito fundamental à propriedade, tendo ou não previsão constitucional explícita, reconhecido como tal por também ser ínsito ao mínimo existencial e, conseqüentemente, à dignidade humana.

Para o exame almejado dos direitos *de* e *à* propriedade, é necessário, contudo, reconhecer, nos planos geral e histórico, a importância do direito de propriedade no âmbito público ou privado, pois, conforme recorda Loureiro, tal direito já possuiu um caráter divino que somente foi modificado no século XVIII, “que inspirou o constitucionalismo liberal”, a partir de quando a propriedade “transformou-se na garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado, sob o pálio do contrato social de Rousseau”^{307 308}.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

³⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das Coisas**. v 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81; BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 22; WALD, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 109 e OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p.122-123.

³⁰⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.146.

³⁰⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 9-11.

³⁰⁸ O pensamento de John Locke inspirou a compreensão da propriedade como uma espécie de concessão divina, sendo ínsita ao ser humano a liberdade de dispor dos seus bens, contra o arbítrio do homem. O autor, contudo, considera que o trabalho constitui a propriedade. Vejamos: “Quando

Segundo o Loureiro³⁰⁹, a propriedade foi elevada, juntamente com a liberdade e a segurança, à categoria de “direitos naturais e imprescindíveis à pessoa humana”, ao ponto de ser considerada não apenas “expressão e garantia da individualidade humana”, mas também “condição de existência e de liberdade de todo homem que, sem ela, não poderia obter desenvolvimento intelectual e moral”.

No referido contexto histórico, expõe Alvim que a mencionada transformação da disciplina do direito de propriedade “gravitou, fundamentalmente, em torno de duas realidades: a liberdade e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade”³¹⁰.

Expondo seu pensamento crítico sobre aquele momento social e político, explica Alvim que o discurso em torno da propriedade foi, na verdade, uma estratégia utilizada pela Burguesia para assumir o controle da sociedade e na sociedade por meio dos “corpos jurídicos” e, conseqüentemente, da “ordem jurídica”, ou seja, foi a forma de “assegurar continuamente o prevalecimento dos seus interesses”³¹¹.

Segundo o autor, a linguagem utilizada na e depois da Revolução Francesa foi “laudatória” da liberdade, igualdade e fraternidade, preocupada apenas com diferenças formais, que acabaram gerando mais reflexos negativos que positivos.

Para o autor, a dominação promovida pela Burguesia sobre todo o organismo público pode, inclusive, ser explicada pela “profunda desconfiança dos juizes”, considerados oriundos da antiga nobreza ou classe dominante, com quem tinha que conviver, razão pela qual utilizou da a lei como instrumento de dominação no

Deus deu o em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse submetesse a terra, isto é, a melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo a verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 83 e 100-101).

³⁰⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 9-11.

³¹⁰ ALVIM NETO, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

³¹¹ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

sistema jurídico, “criando a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada, num primeiro momento, ou, então, sucessivamente, que havia de comportar, apenas, interpretação literal”³¹².

Com tal estratégia, a burguesia não deixou espaço ou liberdade para a atuação dos juízes, construindo um sistema fechado de normas, visível seja quanto ao direito de propriedade, seja quanto à autonomia de vontade no campo dos contratos³¹³.

Alvim enfatiza o referido quadro histórico por considerar de suma importância para a compreensão das mudanças provocadas em todo o mundo, especialmente durante o século XIX, e que repercutiram posteriormente não apenas nos valores do individualismo³¹⁴ ³¹⁵, mas também nas políticas ideológicas responsáveis pelos sistemas normativos fechados, representativos de maior segurança jurídica³¹⁶.

É que, segundo Alvim, era “constante na literatura dos séculos XIV, XV e XVI a identificação do direito à liberdade como tendo, necessariamente, subjacente a noção de propriedade”, quadro que fez com que a noção de ambos avultassem na Revolução Francesa, ao ponto desta ser “havida com um sentido de direito absoluto, um direito sagrado³¹⁷, não só do ponto de vista estritamente dogmático”, mas também “carregada de significação ideológica”³¹⁸ ³¹⁹ ³²⁰.

³¹² ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

³¹³ ALVIM NETO, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

³¹⁴ ALVIM NETO, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

³¹⁵ Neste sentido: BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 22.

³¹⁶ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 12.

³¹⁷ No mesmo sentido: VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 742.

³¹⁸ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 12.

³¹⁹ Afirmam Moreira e Fraga: “Com méritos da propriedade individual, argumenta-se com estímulo econômico por ela representado e o seu valor como garantia de liberdade individual ou familiar” (MOREIRA, Álvaro. FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p. 220).

³²⁰ “A Revolução Francesa, paradigma de uma época, 'revolución constituyente y conformadora a la larga no solo para el caso de Francia', simbolizou a ascensão da burguesia, libertação do homem em relação às rígidas estruturas hierarquizadas do medievo e ao poder absoluto do monarca do *Ancien Régime*. O âmbito do mercado será o espaço privilegiado dessa libertação em relação aos poderes verticais da sociedade anterior, à medida que se tecia uma complexa rede de relações horizontais,

Na visão de Alvim, o vínculo entre a propriedade e a liberdade rechaça até mesmo a ideia de que o século XIX era desprovido de uma função social, pois a “propriedade se mostrava como uma espécie de garantia da liberdade ou mesmo condição da própria liberdade”, situação parecida com a percebida em relação à liberdade de contratar, entendida como garantidora de uma justiça contratual^{321 322}.

A referida percepção jurídica da liberdade e da propriedade, amparada na desejada segurança jurídica e no modelo liberal de Estado, proporcionou a compreensão de que “a melhor forma de viver era esta: da garantia do direito de propriedade e com esta larga escala de liberdade na esfera obrigacional e contratual”³²³.

Como consequência do individualismo liberal-burguês, aponta Alvim que não havia uma preocupação com desigualdades sociais, muito menos com o desejo de legitimar o direito de propriedade por valores externos ao indivíduo, modelo que, pelos seus excessos liberais, agravou o quadro social, ao ponto justamente de deflagrar a falência do Estado Liberal, com a consequente instalação de um modelo contraposto, denominado de Estado Social, consagrado posteriormente a partir das Constituições da Alemanha (1919) e do México (1917)^{324 325 326 327}.

baseada no modelo das trocas, supostamente livre de poder e de dominação. Resultou, no plano das mentalidades, numa completa dissociação entre poder político e econômico, entre sociedade civil e Estado - realidades dicotômicas que correspondem, no Direito, a uma rígida separação entre o direito público e o privado, entre Constituição e códigos civis. À esfera privada coube a prossecução das liberdades individuais e dos interesses egoístas, esfera pretensamente apolítica. O direito de propriedade, nesse contexto, surge como baluarte das liberdades individuais contra a ingerência do Estado” (VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 739).

³²¹ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 13.

³²² Neste sentido: WAMBIER, Teresa Arruda. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007, p. 536-537.

³²³ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 13-14.

³²⁴ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 14.

³²⁵ Neste sentido, após destacar que a propriedade era vista como garantia de liberdade, afirma Moreira e Fraga: “Contestam-se, no lado oposto, estes argumentos. Ligando-se à supressão ou à limitação da propriedade uma autêntica liberdade, e pondo-se em evidência – como resultados funestos e lamentáveis da propriedade privada – a anarquia econômica (a que se deveria opor a planificação) e exploração do homem pelo homem, as desigualdades artificiais, etc” (MOREIRA, Álvaro. FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p. 220).

³²⁶ “Pressupostos para a construção técnico-jurídica que consagrará a superação do modelo medieval são os conceitos de 'sujeito unitário' e o Código Civil – na expressão de Clavero, 'lei constituinte'. Eis os alicerces do modelo proprietário iluminista. O direito privado, neste contexto, reduz-se a um

O que se denota do pensamento exposto é que a irresignação por parte de uma classe responsável pela circulação de riquezas, contra a restrição de acesso à propriedade e ao poder político, foi exteriorizada por meio da luta pela liberdade, igualdade e segurança, responsável, juntamente com a insatisfação com o poder autoritário, pelo sucesso da Revolução Francesa e, posteriormente, pela propalação dos ideais liberais, fundamentados, primordialmente, no individualismo que passou a dirigir, no âmbito privado, a propriedade e a autonomia de vontade³²⁸.

Tal conclusão também foi explicada por Sampaio ao defender que o direito de propriedade é uma matriz para o surgimento dos direitos fundamentais. Expõe o autor que “todos os sistemas jurídicos desenvolveram formas de proteção da propriedade, ainda que restasse, ao fim, o poder governamental, senhorial ou comunitário de expropriação em nome do interesse público ou comum”³²⁹. Afirma que, já na idade média, surgiram mecanismos de defesa do direito de propriedade contra a “expropriação ou destruição arbitrárias” e o que se denomina atualmente taxaço ilegal, demonstrando uma inviolabilidade peculiar³³⁰.

sistema de direitos subjetivos, centrado na técnica do 'sujeito de direito único', ou seja, o homem em qualquer condição social, sujeito abstrato, 'propietario abstracto (...) destinatário de normas abstractas, y por ello generales'. Os direitos subjetivos são colocados no centro do sistema da ideologia liberal, e são tidos como *iura innata*, atributos tutelados e reconhecidos pelo direito objetivo. É este conceito de sujeito jurídico e sua universalização - ou seja, a atribuição de personalidade e capacidade jurídicas a todos - o instrumento que viabiliza a utilização privada autônoma dos bens e as trocas econômicas” (VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 741).

³²⁷ Sobre a transição histórica no Brasil, diz Laura Beck Varela: “Este processo de passagem da propriedade feudal à propriedade privada, em sua conformação napoleônico-pandectista, marca dos principais sistemas jurídicos da Europa ocidental, assume contornos profundamente diversos no Direito brasileiro. Neste, inexistentes as estruturas sociais de tipo feudal, a propriedade privada formou-se a partir da propriedade pública, patrimônio da Coroa portuguesa, que detinha o domínio eminente das terras conquistadas. Gradativamente, a Coroa possibilita a apropriação das terras públicas pelos particulares, desfazendo-se de seu patrimônio. A usucapião, as cartas de sesmarias e as posses sobre terras devolutas são as três formas jurídicas fundamentais da passagem do patrimônio público para o patrimônio privado” (VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 749).

³²⁸ Neste sentido, afirma Teresa Arruda Alvim que a classe emergente depositou sua conviança na lei, “como única forma de liberação das arbitrariedades da nobreza”. Afirma: “Desde o século XXII, os burgueses produziam riquezas e não conseguiam ascender, não sendo considerados a elite social. Viam os burgueses, na propriedade, a garantia à ascensão social” WAMBIER, Teresa Arruda. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007, p. 536-537.

³²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.146.

³³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte:

Diz Sampaio que “a preocupação do homem ocidental com a propriedade” teve seu curso com o “desenvolvimento econômico capitalista na virada da Idade Média à Moderna”, conforme, inclusive, demonstrou o processo revolucionário norte-americano, “conduzido, em larga escala, por grandes proprietários e comerciantes na defesa de seus interesses dominiais”³³¹. Explica o autor:

Se bem atentarmos para a mudança de sentido que começa a se operar na Baixa Idade Média com o instituto da propriedade, veremos que há uma concentração de poderes jurídicos e fáticos nas mãos de seu titular, especialmente pela união das funções de *dominus* e de *possessio*, de *ius emphytheuticum* e de *ius utendi, fruendi et abutendi*, bem como de rei vindicatio³³².

Sampaio afirma que a propriedade alcança o *status* de “fonte de irradiação de todos os direitos reais”, superando, com o desenvolvimento do capitalismo, direitos como a enfiteuse utilizada no regime feudal, permitindo a concentração dos poderes em uma única mão, projetada socialmente como critério de aferição dos “homens bons”, assim entendidos como aqueles “acumuladores de riquezas”, e não mais “os virtuosos da cidade”³³³.

Como consequência, ocorreu a definição de que a autonomia de vontade era “valor inexpugnável” e “forma de melhor garantia do domínio sobre coisas e pessoas”, notadamente por impor o aprimoramento jurídico do sistema de proteção da propriedade segundo um “grau mais racional”, usado para a dominação por parte da classe burguesa então emergente³³⁴.

Expõe Sampaio que a propriedade, no contexto, tornou-se não apenas “instrumento de aferição do mérito inclusive político”, mas também “delimitação da esfera privada, reduzida à dimensão econômica”, fazendo emergir a percepção de que, como “forma de intermediação ou de agrupamentos”, impedia o “pleno desenvolvimento da sociedade”, tal como ocorre quanto à intervenção estatal, expondo que: “a

Del Rey, 2004, p.146.

³³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.146.

³³² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.148.

³³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.148.

³³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.148.

prosperidade dependia apenas do livre exercício da profissão e ofício, que, centrada no direito de propriedade, comporia a zona do desenvolvimento das forças ou potencialidades econômicas – o mercado”³³⁵.

Por tais razões, conclui o autor que a referida percepção, somada ao “caldo cultural da modernidade”³³⁶, provocou a “superação do modelo social organicista pelo individualismo, da arbitrariedade pela tolerância”, não apenas com o fenômeno da positivação de direitos humanos, mas também a concretização de ideais de liberdade e dignidade humanas. O direito de propriedade, segundo tal percepção, é uma das matrizes para o surgimento dos direitos humanos. Vejamos:

Os direitos humanos surgem com a mudança de paradigma societário em direção ao individualismo que trouxe consigo, por seu turno, a reflexão sobre os limites do poder e inspirou a justificação contratualista de Estado, da separação dos poderes e dos direitos de participação política associados à liberdade, à propriedade e à segurança”³³⁷.

O relato histórico exposto coincide com a descrição da evolução dos direitos fundamentais a partir da Revolução Francesa. A origem dos direitos fundamentais é explicada a partir das duas grandes declarações de direitos ocorridas nesta ocasião, mais especificamente em 1776 e 1789, conhecidas como a Declaração de Direitos da Virgínia nos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França^{338 339}.

Conforme expõe Sarlet, “a despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais”, a Declaração de Virgínia marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais^{340 341}. Em

³³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.148.

³³⁶ Segundo o autor, “formado pelo humanismo, racionalismo, cientificismo, contratualismo e secularização” (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.148).

³³⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.149.

³³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 544. No mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

³³⁹ Referidas Declarações eram pautadas pelos ideais de igualdade e liberdade, tendo como objetivo não apenas a limitação do poder soberano, mas também o reconhecimento de que todos possuem o direito a um núcleo mínimo de direitos, que devem ser respeitados.

³⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos

relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expõe o autor que a mesma “foi fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França”, tendo inspiração jusnaturalista, “reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”^{342 343 344}.

Na mesma linha de pensamento, expõe Silva que, mesmo que tendo razões e características distintas³⁴⁵, as Declarações dos Estados Unidos e França são precursoras dos direitos fundamentais³⁴⁶, aos quais estariam submetidos todos os poderes estatais³⁴⁷, extraindo-se justamente da francesa a percepção de liberdade

fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 43.

³⁴¹ Neste sentido: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 44.

³⁴³ Em relação à propriedade, assim dispôs a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. [...] Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização. (Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016).

³⁴⁴ Pieroth e Schlink definem os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado, tais como a liberdade e a igualdade. Dizem que a “liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48)

³⁴⁵ “A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer” (DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25).

³⁴⁶ No mesmo sentido: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

³⁴⁷ O autor justifica que, apesar de a Inglaterra ser considerada a precursora da ideia de direitos fundamentais, não havia em tal país “uma verdadeira declaração até 1998, quadro compreensível pelas peculiaridades relacionadas ao seu parlamento (SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 541-542). No mesmo sentido: “Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária

como sendo “a necessidade de garantia de uma esfera livre de ingerências estatais, para que os indivíduos, em suas relações entre si, possam se auto-regular”³⁴⁸. Por tal característica, a liberdade foi denominada de negativa, liberal ou dos modernos, atualmente conhecida como públicas ou como direitos fundamentais de primeira geração³⁴⁹.

Após criticar a terminologia gerações de direitos e de expor que, na verdade, correspondem a dimensões de direitos, já que mesmo havendo uma progressividade, não há qualquer substitutividade entre os direitos^{350 351}, Sarlet ratifica o citado entendimento, definindo os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, ao menos quando começaram a ser reconhecidos, como sendo decorrentes da ideologia “liberal-burguesa do século XVIII, de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa” contra a intervenção do Estado na esfera de autonomia individual³⁵². O autor expõe:

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à

supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalte-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal). (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 43).

³⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 544-545.

³⁴⁹ No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 546.

³⁵⁰ Diz o autor: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e 'gerações' de direitos” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45).

³⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 544-545.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46-47.

propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria³⁵³.

Virgílio Afonso da Silva esclarece, entretanto, que o exercício cada vez maior dos direitos afetos à participação política, chamados direitos políticos, acabou provocando o surgimento de outros direitos, de segunda geração, denominados de direitos fundamentais sociais e econômicos. Os referidos direitos, segundo o autor:

[...] surgem, contudo, não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto. Nesse sentido, essas liberdades eram consideradas como meramente formais e somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudesse exercê-la^{354 355}.

Tal como foi exposto por Alvim, Silva também afirma que foram as circunstâncias ocorridas no século XIX que ensejaram a consagração dos direitos sociais e econômicos, prevista nas Constituições da Alemanha e do México³⁵⁶, expondo, ao final, a diferença entre os direitos fundamentais sociais/econômico e os direitos fundamentais de liberdade/negativos (liberdades públicas): “enquanto essas últimas exigem uma abstenção estatal, os primeiros exigem, ao contrário, uma prestação”³⁵⁷.

³⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

³⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 548.

³⁵⁵ Ao abordar a compreensão do direito de liberdade, Sarmiento afirma que: “[...] a ideia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão associada à democracia -, como da sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente. Por isso, não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.188).

³⁵⁶ No mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29-30.

³⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6 – jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, p. 548.

Sarlet, de forma semelhante, afirma que tais direitos decorrem do impacto da industrialização, dos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, das doutrinas socialistas e da “constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo”. Segundo o autor, o quadro provocou “amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”³⁵⁸.

Conforme expõe Sarlet, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”, tendo, como característica, a outorga ao indivíduo de direitos sociais como os de “assistência social, saúde, educação, trabalho etc”, quadro revelador de uma “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”^{359 360}.

Apesar de existirem outras dimensões ou gerações de direitos fundamentais, o que se observa do exposto até o momento é que o direito de propriedade possui o caráter de fundamentalidade, não apenas pela descrição constitucional, mas também por ser, histórica e substancialmente, expressão da liberdade da pessoa, mesmo que concebida, por ocasião do reconhecimento dos direitos fundamentais, a partir de uma visão individualista, sem qualquer comprometimento com o contexto social, exceto aquele exposto por Alvim como sendo “garantia da liberdade ou mesmo condição da própria liberdade”^{361 362}.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, ps. 47.

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, ps. 47.

³⁶⁰ Diz o autor, ainda: “Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas 'liberdades sociais', do que dão contados exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48).

³⁶¹ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 14.

³⁶² Expõe Branco que, de fato, “a preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais”, havendo “pouca tolerância para as pretensões que colidissem com o direito de propriedade”. Para contextualizar, o autor cita trecho da obra de Benjamin Constant, do início do século XIX, na qual diz: “Só a propriedade torna os homens capazes

Assim, além da fundamentalidade formal decorrente da expressa e tradicional previsão constitucional no nosso ordenamento, goza o direito de propriedade, no contexto geral e histórico, de uma fundamentalidade inerente aos demais direitos fundamentais de primeira geração³⁶³ e ao próprio valor da dignidade humana³⁶⁴.

Neste tocante, como já exposto, são de primeira geração os direitos buscam limitar a ação do Estado especialmente em relação a bens como a liberdade e a propriedade, justificando, ainda, a reparação dos danos já consumados³⁶⁵. Por vedarem “interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos”, “constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos”, ou seja, não pode prejudicar o exercício da liberdade ou propriedade dos indivíduos^{366 367}.

Podem, ainda, justificar “a pretensão de que não se eliminem certas posições jurídicas”, seja por meio da derrogação de certas normas, seja pela extinção de posições jurídicas concretas, como o caso da propriedade adquirida “segundo as

do exercício dos direitos políticos [...]. O fim necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 109).

³⁶³ Não se está aqui expondo posição contrária ou favorável à tese de que a fundamentalidade também depende do conteúdo do direito, e não apenas de estar prevista na Constituição e ter, em consequência, força jurídica constitucional. O objetivo, no caso, é somente expor o entendimento de que a propriedade também possui uma fundamentalidade proveniente de seu conteúdo, a exemplo do que ocorre em relação ao direito fundamental de liberdade.

³⁶⁴ Neste sentido: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobre a partir do valor da dignidade humana” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 116).

³⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 386.

³⁶⁷ “Os direitos da primeira geração, a saber, os direitos da liberdade, têm por titular o indivíduo; oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o poder estatal. Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico” (BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 352)

normas então vigentes”³⁶⁸.

Além desta perspectiva vertical dos direitos fundamentais, os citados direitos também podem repercutir nas relações puramente privadas, segundo uma visão horizontal, como ocorre em relação à defesa do direito de propriedade contra agressões privadas e injustas.

Apesar de ser tipificada como de primeira geração, a propriedade também pode ser considerada um direito social de segunda dimensão³⁶⁹. Conforme exposto no início do presente tópico, a evolução dos direitos fundamentais faz emergir a percepção de novas dimensões de direitos, representativos de valores sociais considerados imprescindíveis à dignidade humana, fazendo com que a fundamentalidade da propriedade atingisse não apenas a perspectiva negativa, mas também uma perspectiva prestacional (direitos fundamentais sociais), voltada para garantir não apenas a segurança jurídica e, conseqüentemente, o núcleo essencial irredutível do referido direito de propriedade, mas também o que denomina de patrimônio mínimo^{370 371}.

³⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 256-257.

³⁶⁹ “Os direitos fundamentais da segunda geração já merecem um exame mais acurado. Dominam o século XX do mesmo modo que os direitos da primeira geração dominaram o século XIX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século passado. Nasceram abraçados com o princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e legitima. Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis - por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada ao caráter programático da norma” (BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 353).

³⁷⁰ Vide: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁷¹ A inspiração do direito à propriedade como um direito fundamental, compondo o núcleo mínimo de

Haveria, assim, como dito, além de um direito individual ou coletivo de propriedade, também um direito fundamental social à propriedade, tendo ou não previsão constitucional explícita, reconhecido como tal por também ser ínsito ao mínimo existencial e, conseqüentemente, à dignidade humana³⁷².

Conforme expõe Alvim ao tratar da evolução do direito de propriedade, especificamente no período em que se inicia a transição do Estado Liberal para o denominado Estado Social ou do bem-estar social³⁷³, as Constituições do México e da Alemanha passaram a descrever deveres inerentes à propriedade, direcionados para os titulares do direito e para aqueles “que aspiram a posição do direito de propriedade em relação à sociedade”, dando início a profundas limitações ao direito, “que vieram se avolumando no mundo inteiro”³⁷⁴.

A referida aspiração é justificável, pois “há um conteúdo nesse direito que não é passível de delimitação”, denominado núcleo essencial irredutível do direito de propriedade, correspondente ao “direito de usar e de poder dispor da coisa”, que deve ser indenizável em caso de limitação ou intervenção³⁷⁵.

Alvim reconhece a possibilidade de a lei infraconstitucional, respeitado o núcleo mínimo constitucional, disciplinar tal núcleo essencial de forma mais variável, tal como ocorre nas hipóteses previstas no Código Civil brasileiro de desapropriação judicial (§§ 4º e 5º, do art. 1.228) e usucapião com redução de prazos (arts. 1.238, parágrafo único, e 1.242, parágrafo único), que estabelecem: i) a venda forçada desde que garantida a indenização; e ii) a usucapião mais rápida quando presente a

direitos essenciais à existência humana, decorre dos ideais preconizados a partir da Revolução Francesa, seja pela compreensão da igualdade e liberdade como sendo, inclusive, de ter ou adquirir bens, seja o da fraternidade, motivadora da solidariedade que seja capaz de assegurar o mínimo à dignidade humana, inclusive em termos patrimoniais. Tais ideais inspiram tanto o direito fundamental à propriedade, quanto o direito fundamental de posse.

³⁷² A fundamentalidade do direito à propriedade também decorre do disposto no artigo XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), que prescreve que “1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”; e “2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” (Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016).

³⁷³ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 14.

³⁷⁴ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 15.

³⁷⁵ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 15.

posse qualificada por obras, serviços e moradia, ou seja, pelo cumprimento da função social³⁷⁶. De qualquer forma, expõe o autor que o núcleo essencial mínimo mencionado não pode, em regra, ser suprimido por lei, exceto se tal supressão ou limitação tiver agasalho constitucional³⁷⁷.

Tal pensamento demonstra que, além de expressar liberdade, igualdade e segurança, o direito de propriedade também permite a garantia do referido núcleo mínimo essencial, justificando, como dito, não só o desejo, mas ainda a expectativa de aquisição do direito por parte daqueles que possuem a coisa, especialmente mediante circunstâncias que identifiquem valores sociais relevantes perante a comunidade, tais como aqueles inerentes à realização de obras, serviços ou moradia.

Em outras palavras, existe a possibilidade de se invocar, em certas situações peculiares, o direito à propriedade. É o que ocorre, no nosso ordenamento, nos exemplos citados por Alvim, correspondentes às hipóteses de desapropriação privada e usucapião, prestigiados pela lei em razão do cumprimento da função social por parte dos possuidores, ou melhor, de uma da função socioambiental, já que inevitável a vinculação do dever de preservação ambiental ao de cumprimento da função social. As peculiaridades que podem emergir de situações concretas, que demonstram a valoração da posse qualificada no plano da coexistência social, justifica o reconhecimento, inspirado na solidariedade do direito fundamental.

Seguindo o referido pensamento, afirma Mazzei que a imposição constitucional do cumprimento da função social não provoca o “esvaziamento do direito individual”, muito menos que a propriedade se esgota apenas nela ou elimina a “autonomia privada no direito de propriedade”, tendo tal direito individual também sido garantido³⁷⁸. Ou seja, expõe o autor que a “propriedade deve ser analisada dentro de

³⁷⁶ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 15.

³⁷⁷ ALVIM NETO, Arruda. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 15.

³⁷⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 404. No mesmo sentido: VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios,

um quadrante complexo”, tal como sustentado por Fernandez, em trecho da sua obra transcrita por Mazzei, que admite a existência de um direito fundamental à propriedade. Vejamos:

O conteúdo do direito de propriedade assume natureza complexa, sendo qualificado, por via disso, como um direito fundamental de dupla face ou de duplo carácter. Com efeito, o direito de propriedade privada assume no seu conteúdo constitucional uma vertente ou dimensão objectivo-institucional (derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir) e, simultaneamente, uma vertente subjectiva-individual que integra o conteúdo essencial deste direito. Estas duas vertentes do direito de propriedade privada não se opõem uma à outra, antes pelo contrário, a determinação do aspecto objectivo não visa senão reforçar o aspecto subjectivo do mesmo. Existe uma igualdade de rango entre as duas vertentes, que se completam, que se manifestam de modo simultâneo e que se correlacionam entre si constituindo uma garantia mútua³⁷⁹.

O que se denota da doutrina transcrita é que a propriedade consubstancia, sem qualquer contradição, não apenas um direito fundamental de dimensão objetivo-institucional, “derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir”, mas também um direito fundamental de dimensão subjetiva-individual, representativa do desejo ou expectativa de aquisição do direito, com a observação de que as citadas dimensões não apenas não são contraditórias, mas também se completam ou se fortalecem³⁸⁰.

No mesmo sentido, expõe Pagani que “o direito de propriedade considerados em seu carácter estático, confere proteção ao titular do direito de propriedade, conferindo instrumentos jurídicos em defesa desta garantia constitucional³⁸¹. Todavia, seguindo a premissa constitucional que exige uma propriedade “socializante e funcional”, afirma a autora que a concepção individualista pode ceder lugar para o direito à propriedade, como uma aspiração social. Vejamos:

diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 784; e SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (org.) **Temas de direito urbanístico**, São Paulo: RT, 1987, p.13.

³⁷⁹ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. Direito ao ambiente e propriedade privada. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 177-178. Apud MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 403.

³⁸⁰ FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. Direito ao ambiente e propriedade privada. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 177-178. Apud MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 403.

³⁸¹ PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 90.

O caráter estático da propriedade diz respeito à tutela daquele que já tem o direito de propriedade, ao passo que a propriedade no aspecto dinâmico diz respeito àquele que ainda não é sujeito titular do direito a propriedade. Quando se refere ao aspecto dinâmico da propriedade significa o direito de ter propriedade, no direito de acesso à propriedade ou ainda no direito de acesso à moradia³⁸².

É o que parece existir no nosso ordenamento constitucional, quando descreve, concomitantemente, o direito de propriedade cumpridora da função social (art. 5º, incs. XXII e XXIII) e o princípio da propriedade privada também cumpridora da função social (art. 170, incs. II e III).

Os mencionados mandamentos constitucionais não são colidentes, muito menos disputam o mesmo espaço em termos pragmáticos, já que a tradicional e histórica opção constitucional pela propriedade privada, voltada para a definição da titularidade, em nada atinge o seu aspecto funcional, definido por meio de outro princípio, qual seja, o da função social. Em outras palavras, apesar da clareza da Constituição Federal em vigor no nosso ordenamento brasileiro, não haveria óbice (frisa-se, caso fosse outra a realidade constitucional), a que o princípio da propriedade privada convivesse com um hipotético princípio da função individual, já que atua em planos ou dimensões distintas. Nosso ordenamento, contudo, prescreve que o princípio da propriedade privada deve conviver com o princípio da função social.

De igual forma, é possível notar a existência de dois princípios também distintos, mesmo tendo afinidades inquestionáveis, quais sejam, os princípios da garantia de propriedade e da propriedade privada. O primeiro, como já exposto no presente tópico, cuida da dimensão negativa do direito fundamental de propriedade, enquanto o segundo cuida do estabelecimento da ordem econômica, objetivando a realização de valores inerentes ao trabalho humano e à livre iniciativa, necessários para se assegurar a todos uma existência digna segundo os ditames da justiça social.

Ou seja, coexistem e se reforçam mutuamente, já que integram, juntamente com o

³⁸² PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 91.

princípio da função social, o regime jurídico-constitucional da propriedade. Faz parte de tal regime, por conta do princípio da propriedade privada, mandamentos como os de que: i) a propriedade no Brasil é, por opção constitucional, primordialmente privada; ii) a propriedade pública é excepcional e devem estar previstas na Constituição Federal, tal como ocorre nos artigos 20 e 26; iii) sendo em regra privada a propriedade, qualquer intervenção pública também deve estar prevista na Constituição, como no caso de desapropriação, requisição e expropriação, previstas nos artigos 5º, incs. XXIV, XXV, 182, 186, e 243; e que iv) é perfeitamente possível a aquisição da *res nullius* ou bens adéspotas pela ocupação (art. 1.263, CC) ou por meio da usucapião (arts. 1.238/1.242, CC), afastando a aplicação da disposição constitucional que veda a usucapião de coisa pública (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único).

Interessa notar, nesta última conclusão relativa à hipótese de aquisição da propriedade de *res nullius* ou bens adéspotas, que o princípio da propriedade privada também ampara a defesa da fundamentalidade do direito à propriedade, não apenas por afastar a ideia de coisa pública e, conseqüentemente, a regra impeditiva de aquisição da propriedade pública, mas também por demonstrar a possibilidade de, observadas as particularidades do caso concreto, normalmente inerentes à usucapião em caso de imóveis, conferir a tal pretensão o *status* constitucional de direito protegido contra a extinção legislativa, de aplicação imediata, voltado, portanto, para a limitação do Poder do Estado e, ainda, para a concretização da dignidade humana.

Aliás, no tocante à dignidade humana, expõe Fachin que tal princípio ampara a fundamentalidade do direito à propriedade, notadamente por sustentar que nosso ordenamento constitucional admite a existência de um “patrimônio mínimo”, essencial ao atendimento das necessidades básicas de toda pessoa, que integra a sua esfera jurídica individual, tal como os “atributos pertinentes à própria condição humana”^{383 384}.

³⁸³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, nota de informação.

³⁸⁴ “O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo. E um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto

É o que se extrai do pensamento de Fachin que, ressaltando a ausência de uma solução apriorística, sustenta que a garantia pessoal de um patrimônio mínimo não se resume à defesa contra a hipótese de assenhoreamento forçado, mas também ampara a perspectiva positiva, de aquisição ou titularidade, também representativa de valor social³⁸⁵. Diz o autor:

A vida social e a estrutura da sociedade, modo de produção e de articulação dos objetos do desejo individual ou coletivo, não estão apartadas do regime jurídico patrimonial. A guarida a essa esfera patrimonial básica acentua a consideração de valores que denotam interesses sociais incidentes sobre as titularidades. Tais valores recaem, ainda que de modo diverso, sobre a posse e a propriedade³⁸⁶.

Destaca Fachin, todavia, que “não se trata apenas de voltar a reconhecer que o trabalho justifica o patrimônio”. Mesmo ressaltando que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo, sustenta o autor que “conferir guarida a patrimônio que, minimamente, garanta a sobrevivência de alguém não é proceder que deva relegar a preocupação com aqueles que, no Brasil, nada ou pouquíssimo tem”³⁸⁷.

Afirma o autor que seu pensamento não está lastreado na ideia de que a liberdade para assenhorear bens fundamenta a titularidade, ou seja, em um “retorno ao liberalismo florescido no século XVIII, nem às fontes do contratualismo social”, mas sim no princípio constitucional da dignidade humana, “diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito”³⁸⁸.

com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de possuírem os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio [Como a que inclui no mínimo existencial atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social], há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos a renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça” (BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 205-206).

³⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

³⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

³⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

³⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.

Ao expor sua concordância com o reconhecimento de um direito fundamental à propriedade³⁸⁹, Varela sustenta ser o mesmo decorrente da função social da propriedade, impondo ao Poder Público a implementação de política voltada para a sua concretude. Neste sentido, considera necessário distinguir dois aspectos relativos à concretização da função social:

[...] de um lado, o direito fundamental à propriedade privada, que tem, inegavelmente, natureza "privada"; de outro, os deveres impostos ao poder público, que igualmente decorrem do princípio da função social, e que se traduzem na obrigatoriedade da realização de políticas públicas direcionadas à democratização desse direito fundamental³⁹⁰.

Varela explica o pensamento de Fachin, afirmando que, tal como se reconhece como direitos fundamentais do indivíduo os direitos à educação e à alfabetização, compondo uma “dimensão essencial de sua realização como ser humano que vive em sociedade”, exigindo-se do Estado políticas públicas para que os mesmos sejam implementados, “idêntico raciocínio comparativo aplica-se à questão do direito de propriedade”, sendo também exigível a realização das políticas públicas voltadas para a “distribuição equitativa das propriedades”, pena de ser identificada uma “inconstitucionalidade por omissão”³⁹¹.

Vale registrar alguns argumentos contrários ao reconhecimento da fundamentalidade do direito à moradia: i) a falta de recursos necessários à efetivação dos direitos sociais fundamentais³⁹²; e ii) por não estar abarcado pelos ideais que inspiraram, em termos históricos, o surgimento dos direitos fundamentais³⁹³.

287-288.

³⁸⁹ No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

³⁹⁰ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 761-762.

³⁹¹ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002, p. 761-762.

³⁹² Tal como ocorre em relação ao direito fundamental à moradia, justificado na crise dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 336).

³⁹³ BARBOSA, João Luiz. A propriedade como um direito fundamental. In: **Revista acadêmica direitos fundamentais**. Ano 2, n. 2, p. 45-56. Osasco. São Paulo, 2008, p. 55-56.

Em relação ao primeiro argumento, apesar do reconhecimento da dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais e da necessidade de enfrentamento da questão com a identificação de opções para a solução do problema econômico, haveria descrença nos direitos fundamentais prestacionais caso tal justificativa fosse suficiente para mitigar a busca pela máxima otimização.

Conforme afirma Sarlet, a falta de recursos não pode inviabilizar o deferimento da tutela de direitos fundamentais como a vida, a propriedade ou a moradia, com a ressalva de que, mesmo sendo possível, faticamente, a frustração de sua efetivação, não se pode admitir a perda da sua fundamentalidade, pena de violação a princípio da dignidade humana³⁹⁴.

Em relação ao segundo argumento, a inspiração do direito à propriedade como um direito fundamental, compondo o núcleo mínimo de direitos essenciais à existência humana, decorre dos ideais preconizados a partir da Revolução Francesa, seja pela compreensão da igualdade e liberdade como sendo, inclusive, de ter ou adquirir bens mínimos à subsistência, seja pela aplicação da fraternidade, motivadora de uma solidariedade capaz de assegurar o mínimo à dignidade humana, inclusive em termos patrimoniais.

Assim, além de direito fundamental de propriedade, é possível justificar a existência de um direito fundamental à propriedade na idéia de mínimo existencial e de dignidade humana, compondo um quadro de direitos que podem, em tese, amparar o reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevantes (de posse e à moradia), tendo como consequência a deflagração da desapropriação judicial privada indireta, medida que restringe a incidência de um direito fundamental (de propriedade) em prol da otimização de outro direito fundamental (à propriedade).

³⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 352-353 e 370-378).

2.3 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA E DO DIREITO DE MORADIA

O direito à moradia integra atualmente o rol dos denominados direitos Sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que inclui direitos culturais e econômicos – tais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados –, considerados como sendo uma dimensão dos direitos fundamentais que, em regra, consubstanciam prestações positivas exigíveis do Estado, voltadas para a criação de condições materiais básicas e suficientes para a realização de uma igualdade substancial e do exercício da liberdade³⁹⁵.

O referido direito, contudo, já era reconhecido no âmbito internacional antes mesmo de integrar expressamente o rol dos direitos sociais na Constituição de 1988³⁹⁶, tendo em vista o disposto no artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), cujo teor prescreve que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”^{397 398}.

Disposição semelhante está prevista no artigo 11, do Pacto Internacional dos

³⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 287-289.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 338.

³⁹⁷ Declaração universal dos direitos humanos: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. UNESCO no Brasil. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

³⁹⁸ A aplicabilidade das normas internacionais de proteção do direito à moradia no direito brasileiro já era debatida antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o § 3º, ao art. 5º, da CF, cujo teor prevê a equivalência às emendas constitucionais dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Neste sentido, é o entendimento de Saule Junior, que também reconhecia a aplicação das normas pertinentes ao direito à moradia previstas nos tratados internacionais por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF (SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 87 e 132).

Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, que afirma que os Estados signatários “reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”³⁹⁹ ⁴⁰⁰.

O direito à moradia também possui amparo nas declarações decorrentes das conferências da ONU Habitat I, conhecida como Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, ocorrida em 1976, e Habitat II, chamada de Declaração de Istambul, nas quais foram editadas disposições que afirmam ser o direito à moradia tanto um direito básico da pessoa humana quanto um direito fundamental⁴⁰¹ ⁴⁰², além do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil também é signatário.

No âmbito nacional, o direito à moradia foi explicitamente inserido no nosso ordenamento constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou o artigo 6º, da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁴⁰³.

Contudo, antes mesmo da referida alteração constitucional, prevalecia o entendimento⁴⁰⁴ no sentido de que o direito à moradia já era considerado um direito

³⁹⁹ Adotado pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, vol. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 338.

⁴⁰¹ A Declaração de Istambul também foi adotada pelo ordenamento brasileiro.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 340.

⁴⁰³ BRASIL. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

⁴⁰⁴ Neste sentido, apenas como exemplos, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 341; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62; AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 65; SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação da posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 67; e GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia**

social vigente no nosso ordenamento, seja por força dos já mencionados Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11)⁴⁰⁵ e Pacto de São José da Costa Rica (arts. 11, 24, 26 e 34), incorporados ao sistema constitucional brasileiro em razão do teor do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal^{406 407}, seja também diante do disposto nos artigos 7º, inc. IV, 23, inc. IX, 183, caput, e 191, caput, da Constituição Federal, que também anunciavam o prestígio constitucional conferido ao direito à moradia⁴⁰⁸. Neste sentido, expõe Silva:

O direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento". Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC-26, de 14.2.2000, explicitou no art. 6º^{409 410}.

Observa Sarlet que o direito à moradia somente foi expressamente inserido no ordenamento constitucional após doze anos da promulgação da Constituição Federal, quadro "em parte atribuído às resistências do Brasil em relação a diversos aspectos regulados pelos instrumentos internacionais concernentes à moradia".

digna: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 52.

⁴⁰⁵ Aina e Gazola também citam a Declaração de Vancouver de 1976 e a 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, de 1996, como manifestações internacionais responsáveis pela compreensão universal do direito à moradia como sendo uma garantia da dignidade da pessoa humana (AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, ps. 70 e 73; e GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna:** teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 38).

⁴⁰⁶ Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia:** ciências jurídicas, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 341; AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69; e MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63; GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna:** teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 35; e MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação da posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

⁴⁰⁷ Aina também registra que o direito à moradia também decorre do disposto no Código Civil e Decreto-lei nº 58/37, especificamente sobre a proteção ao bem de família (AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76).

⁴⁰⁸ Expondo a evolução do direito à moradia nas Constituições brasileiras, vide: PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia:** um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 93-117.

⁴⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 318-319.

⁴¹⁰ Silva afirma, inclusive, que se a Constituição Federal prevê, "como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido" (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 318-319).

Todavia, tal fato não inviabilizou a defesa de sua fundamentalidade “como consequência da proteção à vida e à dignidade humana, já que vinculado à garantia das condições materiais básicas para uma vida com dignidade e com certo padrão de qualidade”⁴¹¹.

Não obstante o reconhecimento de que o direito à moradia já integrava, mesmo que implicitamente, o rol dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, destaca Bulos a conveniência da sua inclusão explícita no texto constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 26/2000, não apenas por ter dirimido qualquer dúvida sobre o assunto, mas também por ter enfatizado que a disposição representava uma promessa de adoção de providências concretas para o acesso e a garantia da casa própria, além de criar uma restrição constitucional a eventuais tentativa de redução ou conformação do direito⁴¹².

Mesmo havendo quem sempre sustentasse a citada fundamentalidade do direito à moradia, a sua inclusão explícita dentre os direitos sociais provocou debates quanto ao seu concomitante enquadramento dentre os direitos fundamentais, notadamente diante da divergência doutrinária sobre a identidade ou não dos direitos sociais e fundamentais. Neste sentido, expõe Aina entendimento favorável ao enquadramento do direito à moradia não apenas como um direito social, mas também um direito fundamental. Vejamos:

O direito à moradia constitui-se em direito social, encontrando abrigo no rol dos direitos de segunda geração. Coerente com a tese de que a fundamentalidade da liberdade reside também na fundamentalidade das condições materiais para se exercer esta liberdade, a linha doutrinária que admite os direitos sociais como direitos fundamentais constitui-se em um dos pilares desta investigação, concluindo que a moradia pode ser considerada como direito fundamental, localizando-se dentro do ordenamento jurídico no plano hierarquicamente superior, isto é, no ápice do sistema⁴¹³.

Aina justifica que a moradia deve ser compreendida como uma necessidade básica do ser humano, “um abrigo das intempéries, descanso da labuta diária, acolher a

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 635.

⁴¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 813.

⁴¹³ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 66-67.

entidade familiar, guarda dos bens, e que confira sensação de segurança, enfim, que garanta a sobrevivência com dignidade”, motivo pelo qual deve ser considerado um direito social fundamental⁴¹⁴.

De igual forma, expõe Souza que a moradia é um direito “irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível”, que permita não apenas uma fixação física a um local, mas também a vinculação dos seus “interesses naturais da vida cotidiana”, em caráter definitivo⁴¹⁵. Trata-se de um direito inerente à pessoa humana, protegido juridicamente independentemente do objeto físico, como um bem extrapatrimonial, inerente à personalidade humana, razão pela qual se distingue da residência ou habitação, por serem, respectivamente, o “simples local onde se encontra o indivíduo” e “o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel”^{416 417}. Nesse mesmo sentido, afirma Sarlet:

Não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado, por alguns, até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à (e de) propriedade, já que se trata de direitos distintos^{418 419}.

⁴¹⁴ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 66-67.

⁴¹⁵ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46. No mesmo sentido de que o direito à moradia integra o direito da personalidade, vide: MELO, Marco Aurélio Bezerra de; MARÇAL, Thaís Boia. **Direito à moradia como direito da personalidade**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27188491_DIREITO_A_MORADIA_COMO_DIREITO_DA_PERSONALIDADE.aspx. Acesso: 21-dez-2016.

⁴¹⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46.

⁴¹⁷ O autor explica a referida diferenciação: “Observa-se que ambas as conceituações sobre a habitação e moradia estão muito próximas e identificáveis, porém desde já alertamos que partimos da análise de uma e outra, sob a diferença axial que assim consideramos, qual seja, a posição de que na habitação se tem o seu exercício de forma temporal, acidental, sem o ânimo até mesmo de nela permanecer. No caso de habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto *verbi gratia*, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, em *flats* etc. E, no caso do conceito da moradia, concebemo-la sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente, havendo o dever de outrem possibilitar o exercício da moradia à coletividade, dever este não só do Estado, mas também de quem por ele atua, facilita ou representa”. (SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46).

⁴¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 635.

⁴¹⁹ Sarlet afirma ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Nessa seara, um caso bastante polêmico – muito embora a existência de decisão do STF sobre o ponto (ainda não sumulada) – é o que envolve a constitucionalidade das exceções legais à regra geral da impenhorabilidade do único imóvel residencial (com destaque para o imóvel de propriedade do fiador em contrato de locação), pois, apesar da tendência anterior no sentido da inconstitucionalidade da

Aina, inclusive, destaca que o direito fundamental à moradia deve ser compreendido como sendo uma um “abrigo digno, salubre e que promova o bem-estar de seus ocupantes”, não bastando a oferta de um teto e paredes que não venham garantir tais condições mínimas de bem estar e comodidade⁴²⁰ ⁴²¹. É que a moradia constitucionalmente assegurada, segundo a autora, “encontra vertentes no direito à vida, no direito à saúde, na proteção da família, no direito ao meio ambiente saudável, no acesso à propriedade, na renda mínima que possa garantir efetivamente um lar, em uma ordem econômica justa etc”⁴²². Neste sentido, expõe Nolasco:

O direito à moradia integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida, porém, direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia está na constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica⁴²³.

Aina esclarece que, mesmo tendo sido inserida apenas a expressão moradia na Constituição Federal, está implícito que a mesma deve ser compreendida como sendo moradia adequada, salubre e minimamente confortável, já que a própria

previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador em contratos de locação, o STF, em decisão de fevereiro de 2006, reconheceu a compatibilidade da penhora com a salvaguarda do direito à moradia, afirmando a necessidade de assegurar-se o acesso à moradia por meio da oferta de imóveis para serem alugados, mesmo que se venha a penhorar o único imóvel do fiador, ainda mais quando este tenha dado livremente o bem em garantia. [...] As críticas que se podem tecer à decisão foram em boa parte formuladas nos votos divergentes, onde se apontou para a violação da dignidade da pessoa humana e mesmo quebra de isonomia em relação à situação do devedor principal, ademais da problemática (por não demonstrada) utilização de critérios baseados em supostas evidências do mercado imobiliário. Por outro lado, não se cuidando de matéria sumulada e dada a relevância do impacto da expropriação do único imóvel para a vida do fiador ou devedor e de sua família, não se afastam desenvolvimentos que venham a temperar uma interpretação fechada e mitigar a orientação aparentemente consolidada no STF, ainda que em casos similares. [...] Apesar de no caso da penhora do único imóvel do fiador o STF tenha admitido como legítima tal possibilidade (penhora), como um limite imposto em determinadas circunstâncias, também importa destacar que o STF reconheceu, na mesma decisão, não apenas o fato de o direito à moradia ser um direito fundamental, como a circunstância de que tal direito não se confunde com o direito de propriedade (o que, aliás, foi um dos argumentos justificadores da decisão), além de afirmar, neste ponto ainda de modo afinado com as recomendações dos organismos internacionais e a sua interpretação do conteúdo e alcance do direito à moradia, que existem diversas possibilidades legítimas na perspectiva constitucional de o Estado assegurar o acesso à moradia condigna” (SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 637).

⁴²⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 68.

⁴²¹ Neste mesmo sentido: SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 133.

⁴²² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69.

⁴²³ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008, p. 88.

norma constitucional impõe a valorização da pessoa humana, assegurando-lhe dignidade e justiça social⁴²⁴.

Tal entendimento já era descrito por Saule Junior, ao prescrever que a moradia é uma necessidade da pessoa humana, servindo de parâmetro para a identificação do padrão de dignidade e vida adequada, que somente será reconhecido segundo os parâmetros internacionais⁴²⁵. Expõe o autor que o direito à moradia é realizado caso também seja garantido um padrão de vida adequado, como uma equação entre moradia e padrão de vida: “se o resultado for pessoas com moradia adequada igual a pessoas com padrão de vida adequado, a finalidade do direito à moradia estará sendo atingida”⁴²⁶.

Saule Junior complementa seu pensamento sobre o significado do direito à moradia, expondo que o mesmo possui um núcleo básico composto de três elementos essenciais: “viver com segurança, viver em paz, e viver com dignidade”. Ausentes os citados elementos, como é comum ocorrer nas cidades marcadas pela violência urbana, haverá violação ao núcleo básico do direito⁴²⁷.

Pensamento semelhante é exposto por Sarlet, que também considera o direito à moradia um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que reclama “a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade”⁴²⁸. Neste sentido, afirma o autor que:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e sua família contra intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida⁴²⁹.

⁴²⁴ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73.

⁴²⁵ SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 133.

⁴²⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 133.

⁴²⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 133.

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 342.

⁴²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a

O mesmo entendimento é exposto por Silva, que também sustenta que a moradia constitucionalmente prevista deve ser compreendida como sendo o direito não apenas como a faculdade de ocupar uma habitação, mas também, que tal habitação tenha “dimensões adequadas em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, especialmente por ser decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à intimidade, privacidade e inviolabilidade^{430 431}. A referida compreensão do direito é relevante para Sarlet, pois busca rechaçar interpretações restritivas, “que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que dá no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infraconstitucional”⁴³².

De qualquer maneira, diante da omissão do texto constitucional brasileiro em relação ao conteúdo do direito à moradia, propõe Sarlet que sejam adotadas as diretrizes elaboradas pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que indicam os seguintes elementos básicos ditados em relação a tal direito^{433 434}:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem.
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde,

respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia**: ciências jurídicas, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 345. O autor, inclusive, sustenta que o direito à moradia integra o rol dos direitos necessários para a realização das condições mínimas para a existência humana.

⁴³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 318-319.

⁴³¹ No mesmo sentido: GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna**: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 51.

⁴³² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia**: ciências jurídicas, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, ps. 342-343.

⁴³³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia**: ciências jurídicas, vol. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 349.

⁴³⁴ Referida proposta também foi defendida por Saule Junior (SAULE JUNIOR, Nelson). **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 133-136.

educação e outros serviços sociais essenciais.

g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população⁴³⁵.

Sarlet justifica seu pensamento expondo que a ausência de parâmetros normativos ampara a adoção dos “critérios vinculados ao mínimo existencial, numa perspectiva afinada com os parâmetros internacionais”, especialmente diante da estreita relação com o princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, “com a garantia de padrões qualitativos mínimos a uma vida saudável”⁴³⁶. Diz o autor:

Se o texto constitucional não traz parâmetros explícitos quanto à definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre registrar o esforço legislativo e jurisprudencial no sentido de recepcionar e, em alguns casos, adequar ao contexto interno os critérios materiais desenvolvidos no âmbito do sistema internacional, como dão conta os exemplos da segurança jurídica da posse, a disponibilidade de infraestrutura básica capaz de assegurar condições de habitabilidade, o acesso a serviços essenciais e o respeito às peculiaridades locais, inclusive em termos de identidade e diversidade cultural da população, como propõem os órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴³⁷.

O enquadramento do direito à moradia como mínimo existencial é defendido por Aina, decorrente das conseqüências provocadas nas cidades pela falta de moradia, tais como a favelização, a utilização de logradouros públicos como moradias e a insalubridade do ambiente, quadro que atinge a qualidade de vida de todos os cidadãos, tenham ou não moradia^{438 439}. Segundo a autora, a referida configuração como o mínimo existencial é de suma importância na sustentação do referido direito como sendo um direito fundamental, pois, não obstante a divergência doutrinária sobre a separação ou não dos direitos sociais e fundamentais, todos concordam em

⁴³⁵ Expõe o autor: “Tais diretrizes, importa frisar, revelam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um ‘teto sobre a cabeça’ ou ‘espaço físico’ para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos”. Todavia, reconhece Sarlet que a implementação dos referidos padrões deve observar “as peculiaridades de cada País e região” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 349).

⁴³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 635-636.

⁴³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 635-636.

⁴³⁸ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.

⁴³⁹ No mesmo sentido: GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 51.

classificar como direitos fundamentais aqueles que integram o mínimo existencial⁴⁴⁰.

Sendo um direito fundamental, torna-se relevante a identificação de sua classificação como sendo de primeira ou segunda geração – ou dimensão –, especialmente diante da natureza programática que, em regra, é conferida às normas constitucionais de segunda geração.

Sobre o tema, Milagres defende que o direito à moradia é um “direito fundamental de segunda geração ou dimensão, de conteúdo mínimo, objeto de implementação gradativa mediante a realização de políticas públicas”, razão pela qual alega que o direito está limitado à “capacidade prestacional do Poder Público ou da necessária adjudicação pelo Poder Judiciário”^{441 442}. O autor, contudo, adverte que:

[...] é preciso vencer essas limitações ou restrições, pois a ausência ou insuficiência de recursos estatais não pode ser causa da não efetividade do direito à moradia, que, pela sua essencialidade e pelo seu caráter existencial, pode ir muito além de uma concepção de direito fundamental social^{443 444}.

Milagres segue a mesma linha de pensamento de Sarlet, no sentido de ser o direito à moradia um direito fundamental decorrente da sua essencialidade e do seu valor existencial, consignando que compõe o “núcleo essencial de direitos imprescindíveis para uma vida com dignidade”⁴⁴⁵. Trata-se, na visão de Milagres, de um direito

⁴⁴⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, ps. 75 e 78.

⁴⁴¹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63 e 67.

⁴⁴² Sobre a referida limitação de recursos, afirma Sarlet que, mesmo predominantemente uma natureza prestacional e programática, não perdem sua fundamentalidade, muito mesmo sua eficácia, havendo um “leque de possibilidades” voltadas para a sua efetivação, como a adoção de medidas legislativas em prol da implementação do direito, a instituição de um regime de locações residenciais, a concessão de linhas de financiamento e a facilitação do reconhecimento da usucapião (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003, p. 371-373). No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138; e SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 181.

⁴⁴³ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67.

⁴⁴⁴ Saule Junior defende que o direito à moradia concretiza os mandamentos da cidadania e dignidade humana, bem como os princípios da igualdade, devido processo legal e da paz, razão pela qual devem ser promovidos esforços para torná-lo eficaz. O autor, contudo, defende a aplicação imediata do direito fundamental à moradia, mediante a adoção de políticas públicas habitacionais (SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 141-164 e 175).

⁴⁴⁵ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64.

especial e autônomo, que pode ser classificado como sendo de personalidade, que “transcende a ideia de prestação estatal ou particular e também não se restringe a uma função de defesa”⁴⁴⁶.

Neste sentido, esclarece Silva que se trata de um direito com duas faces, quais sejam: i) a primeira, negativa, “significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiro”; e ii) “a segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional”, que deve ser realizado pelo Estado⁴⁴⁷.

Sarlet segue o mesmo entendimento, expondo que, na sua perspectiva negativa, o direito se realiza impedindo que o titular do direito de moradia seja privado “arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares”, tal como ocorre em relação à proibição de penhora do bem de família (art. 3º, da Lei 8.009/90)⁴⁴⁸. Já na perspectiva positiva, o direito:

[...] traduz em direito subjetivo à construção, pelo Poder Público, de uma moradia digna (ainda que não na condição de propriedade), ou, em caráter alternativo, em direito (exigível) de fornecimento de recursos para tanto ou para, por exemplo, obras que assegurem à moradia sua condição de habitabilidade, sem prejuízo de todo um leque de aspectos a serem exploradas na seara do direito à moradia na perspectiva de sua função de direito a prestações, é seguramente algo longe de estar bem sedimentado na doutrina e na jurisprudência^{449 450}.

Expõe Silva que é justamente na perspectiva positiva “que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia”, prevista em vários dispositivos da Constituição Federal, tais como: i) a que prevê, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e marginalização e a promoção do bem de todos (art. 3º); ii)

⁴⁴⁶ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69.

⁴⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 318-319.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 636.

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 638-639.

⁴⁵⁰ No mesmo sentido: AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, ps. 79-801.

que confere competência a todas os entes públicos para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X), “o que importa, só por si, criar condições de habitabilidade adequada para todos”; iii) a determinação constitucional de adoção de uma ação positiva em prol da efetiva realização do direito à moradia (art. 23, inc. IX), promovendo programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento^{451 452}.

O que se extrai da doutrina selecionada é que, além da sua configuração como um direito social, a moradia possui um vínculo intrínseco com o princípio da dignidade humana e com os objetivos elencados pela Constituição Federal da construção de uma sociedade justa e solidária, sem pobreza ou marginalização, que a qualifica para compor o núcleo mínimo de direitos essenciais à subsistência humana, consubstanciando um direito social fundamental.

Tal fundamentalidade, inclusive, abrange não apenas uma proteção da moradia já existente em relação ao Poder Público ou aos particulares (direito fundamental de moradia), mas também o direito subjetivo de natureza prestacional (direito fundamental à moradia), direcionada à aquisição de uma moradia minimamente digna, seja por meio da adoção de políticas públicas, seja pelos instrumentos disponíveis no ordenamento.

É relevante ressaltar que se trata de um direito fundamental autônomo, que coexiste com os direitos fundamentais de posse, de propriedade e à propriedade. Todos os referidos direitos gozam, além de uma previsão explícita ou implícita na Constituição Federal, de uma fundamentalidade material, decorrente do já referido vínculo substancial com o princípio da dignidade humana e com mínimo existencial. Contudo, subsistem autonomamente, seja em termos empíricos, seja no prisma normativo.

Apesar de já ter sido predominante a coincidência dos direitos de posse, de moradia

⁴⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 318-319.

⁴⁵² No mesm sentido: SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 184-194.

e de propriedade nas mãos do mesmo titular, é cada vez mais comum a constatação de terem tais direitos titularidades distintas, inclusive, concomitantemente, podendo um mesmo bem imóvel ser de propriedade de uma pessoa, ser objeto da posse indireta de outra pessoa e estar sendo utilizado como moradia (posse direta) por uma terceira pessoa, quadro admitido fática e juridicamente. De igual maneira, pode um determinado imóvel estar na posse e moradia de uma determinada pessoa, proporcionando condições legais para a aquisição da propriedade, pertencente a outra pessoa, como no caso da usucapião.

O quadro expõe, como mencionado, a possibilidade de coexistência dos direitos fundamentais autônomos de posse, propriedade e moradia, que podem ensejar consequências pactuadas por seus titulares, sem a instauração de qualquer conflito ou a necessidade de uma solução judicial. Todavia, havendo interesses conflitantes, inevitável será a aplicação da teoria dos princípios colidentes, com o manejo da máxima da proporcionalidade e da técnica na ponderação, compreendidos a partir do referencial teórico exposto no próximo tópico.

2.4 A APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Conforme exposto no primeiro capítulo, será examinada a possibilidade do reconhecimento judicial da ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais.

Referida abordagem será realizada mediante a análise dos direitos fundamentais i) de posse qualificada pelo cumprimento da função socioambiental; ii) da propriedade privada, também qualificada pela função socioambiental; iii) à propriedade privada, considerada integrante do mínimo existencial da pessoa humana; iv) à moradia digna, em seu sentido positivo; e v) de moradia, em seu sentido negativo.

O objeto da presente pesquisa admite a aplicação de todos os referidos direitos fundamentais, pois o reconhecimento, mesmo excepcional, da desapropriação judicial privada indireta representa a incidência de uma medida de extrema restrição (não satisfação) do direito fundamental de propriedade, em favor da máxima otimização (satisfação) dos direitos fundamentais de posse, à moradia e à propriedade.

A aceitação da hipótese de intervenção na propriedade depende das circunstâncias fáticas e jurídicas, suficientes para a tipificação da consagração do imóvel ao interesse social e econômico relevantes, com a ressalva de ser assegurado ao titular do direito de propriedade o recebimento do valor correspondente ao núcleo mínimo do seu direito fundamental, a ser custeado pelo Poder Público.

Tal exame, portanto, enfrentará necessariamente a colisão dos direitos fundamentais já mencionados, tendo como embasamento teórico as leis dos princípios colidentes e da ponderação, de Robert Alexy, operacionalizadas por meio da máxima da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁵³.

O pensamento do autor segue a premissa de que as Constituições democráticas modernas contêm duas categorias de normas, quais sejam, aquelas que “constituem e organizam a dação de leis, o poder executivo e a jurisdição”, e aquelas que “limitam ou conduzem o poder estatal”, dentre as quais se encontram os direitos fundamentais⁴⁵⁴.

Os direitos fundamentais, como espécie de normas, classificam-se em regras e princípios, sendo que as primeiras seguem a mesma forma de aplicação das regras

⁴⁵³ Referido embasamento teórico extraído das seguintes obras: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Luís Afonso Heck [trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105.

infraconstitucionais⁴⁵⁵, enquanto os princípios são aplicados distintamente, admitindo uma limitação em caso de colisão, solucionável mediante a ponderação⁴⁵⁶.

Sua teoria dos princípios está pautada na compreensão da estrutura da norma jurídica a partir da distinção entre regras e princípios, considerada pelo autor como a “base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁴⁵⁷.

Segundo o autor, a referida distinção constitui a “estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”^{458 459}.

Sustenta Alexy que a norma de direito fundamental sempre configura uma regra ou um princípio, sendo que a distinção entre as mesmas não é de grau, mas sim, qualitativa⁴⁶⁰.

As regras atuam como uma espécie de normas que exigem ou incidem sobre algo determinado, razão pela qual são definidas como comandos definitivos, que utilizam

⁴⁵⁵ “Como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos, extremamente abstratos de maior importância, mas tudo isso – segundo a construção de regras – não é fundamento para alguma diferença fundamental de tipo estrutural” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 106).

⁴⁵⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 107. Na mesma obra, expõe o autor, após analisar o julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional alemão (sentença-Lüth), que i) “os direitos têm não só o caráter de regras, mas também de princípios”; ii) “os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação entre estado e o cidadão, mas, muito mais além, ‘para todos os âmbitos do direito’”, produzindo uma irradiação dos “direitos fundamentais sobre o sistema jurídico”; iii) a estrutura de valores e princípios demonstra que, “valores como princípios são propensos a colidir”, cuja solução exige a ponderação (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 108).

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

⁴⁵⁹ Diz o autor: “Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como ‘princípios’. Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. [...] Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86).

⁴⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

a subsunção como forma de aplicação⁴⁶¹. Sendo válidas, devem ser sempre satisfeitas ou aplicadas, nos moldes por elas determinados e no “âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, “nem mais, nem menos”⁴⁶².

Já os princípios são normas que não exigem algo determinado ou a referida definitividade quanto à sua satisfação, muito menos utilizam a técnica da subsunção, funcionando, ao contrário, como mandamentos de otimização, que exigem que sua satisfação seja realizada “na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”⁴⁶³.

Como consequência, podem ser satisfeitos em graus variados a depender do exame do caso concreto e dos princípios colidentes. Distintamente das regras, os princípios comportam aplicação em graus variados, medido a partir da ponderação, que “é a forma específica de aplicação dos princípios” no caso concreto, ou seja, o meio pelo qual é aferido o peso ou o grau de satisfação de um princípio em relação ao outro⁴⁶⁴.

Alexy descreve ainda, como característica da distinção entre regras e princípios, o caráter *prima facie* existente em ambas as espécies de normas. Sendo considerado um mandamento de otimização, que deve ser realizado, como afirmado, na maior medida do possível, mediante a avaliação das circunstâncias fáticas e jurídicas que circundam a situação concreta, bem com das razões e contrarrazões que podem sustentar ou rechaçar a sua aplicação, defende o autor que os princípios possuem, em si, um mandamento *prima facie*, preliminar, não definitivo, motivo pelo qual afirma que “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 5.

⁴⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85.

⁴⁶³ ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 5. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85.

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 5.

⁴⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 103-104.

Tal situação não ocorre em relação às regras, que já dispõem de um conteúdo capaz de expor previamente sua determinação no âmbito fático e jurídico. Contudo, expõe Alexy que “alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo”, tal como parece defender Dworkin, “quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão”⁴⁶⁶.

Todavia, adverte Alexy sobre a descrição de um modelo diferenciado do mencionado caráter *prima facie*, notadamente diante da necessidade de se distinguir seu pensamento daquele que considera mais simples, defendido por Dworkin. Tal modelo diferenciado está justificado na possibilidade de a regra conter de uma cláusula de exceção, circunstância que impede a já mencionada definitividade de seu comando, antes mesmo do exame do caso concreto⁴⁶⁷.

Em outras palavras, a existência de cláusula de exceção faz com que a regra também se submeta ao caráter *prima facie* de seu comando, que somente se tornará definitivo a partir da verificação da solução do caso concreto. O referido modelo diferenciado, inclusive, utiliza uma premissa sobre as cláusulas de exceção distinta do exposto por Dworkin, já que o mesmo sustenta a possibilidade de se prever todas as cláusulas de exceção para uma regra, posição com a qual discorda Alexy, que defende a impossibilidade de se prever todas as hipóteses em que uma regra pode ser excepcionada, sendo esta uma razão para a alegada presença do caráter *prima facie* também nas regras, já que perderia, em tais casos, o caráter da definitividade⁴⁶⁸.

Apesar de defender a existência do referido caráter *prima facie* nas regras, Alexy esclarece que tal caráter é muito distinto daquele existente nos princípios. Explica o autor:

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104.

⁴⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104-105.

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida⁴⁶⁹.

O autor sustenta que todas as regras são produtos de princípios, que ele denomina de “princípios formais”, utilizados pelo legislador para justificar a edição das regras, razão pela qual entende que, “em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras”⁴⁷⁰.

Assim, afirma Alexy que as regras e os princípios somente terão o mesmo caráter *prima facie* quando se deixar de atribuir algum peso ao princípio formal que sustenta a regra, o que, em seu ver, causaria a invalidade das regras^{471 472}. O autor expõe seu entendimento usando um exemplo envolvendo um caso concreto. Vejamos:

A decisão no caso da incapacidade para participar da audiência processual mostrou que tanto as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto as normas que exigem a persecução de um interesse da comunidade podem ser compreendidas como princípios. É possível introduzir uma carga argumentativa a favor dos princípios do primeiro tipo e contra os princípios do segundo tipo, ou seja, uma carga argumentativa a favor de interesses individuais e contra interesses coletivos. [...] Aqui não interessa ainda investigar se tais regras sobre ônus argumentativo são corretas. O que aqui interessa é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto. Ela tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. Não há dúvidas de que isso reforça o caráter *prima facie* do princípio confirmado pela regra sobre ônus argumentativo. Ainda assim, o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a

⁴⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105.

⁴⁷² Segundo o autor: “O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106).

ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte⁴⁷³.

O exemplo, na visão do autor, comprova que, mesmo havendo o caráter *prima facie* tanto nas regras, quanto nos princípios, não há coincidência, semelhantemente ao que ocorre em relação às razões que tais espécies de normas tipificam. Alexy expõe que os princípios são razões *prima facie*, enquanto que as regras são razões definitivas, ao menos no caso de ausência de cláusula de exceção, servindo, contudo, a propósitos diferenciados. Segundo o autor, os princípios e as regras podem ser razões tanto para ações quanto para normas, neste caso, podendo ser universais ou individuais⁴⁷⁴.

Alexy sustenta que os princípios devem ser considerados razões para as normas (normas abstratas), mas não apenas para estas, servindo, mesmo que indiretamente, como razões para ações concretas (normas individuais), ao menos sob a perspectiva da ciência do direito, onde “são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso”⁴⁷⁵.

Pensamento diverso, segundo o autor, levaria à conclusão de que “princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas”, papel que caberia apenas para as regras, conclusão, todavia, com a qual não concorda: “Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas”^{476 477}.

Explica Alexy que, “se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto –

⁴⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 105-106.

⁴⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106-107.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107.

⁴⁷⁷ Diz o autor: “Quem aceita para si como inafastável a norma “não ferir alguém em sua auto-estima”, aceita uma regra. Essa regra pode ser uma razão para outra regra: “não falar com alguém sobre seus fracassos”. De outro lado, princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser. Nesse sentido, o princípio da proteção à vida foi, na decisão sobre a incapacidade de participar de audiência processual, uma razão para a não-admissibilidade da realização da audiência. Ainda assim a caracterização dos Princípios como razões para regras indica um ponto acertado. Ela reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107).

o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma razão definitiva”. Nas palavras do autor, “se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo”⁴⁷⁸. Já os princípios são sempre razões *prima facie*, demonstrando, quando isolados, direitos *prima facie*, quadro que pode ser alterado, conforme explica o autor:

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas⁴⁷⁹.

Ao comentar a distinção entre regras e princípios, Silva destaca que a principal virtude da teoria dos princípios de Alexy foi “o desenvolvimento do conceito de mandamento de otimização”, assim entendido como sendo o comando jurídico que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, distinto do comando definitivo das regras válidas, que deve ser realizado por completo⁴⁸⁰.

Explica Silva que o grau de realização dos princípios poderá sempre variar, “especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro”, sendo esta uma distinção em relação às regras que contribui para o exame da aplicação das referidas normas, conforme é exposto por Alexy ao tratar do “conflito entre regras” e da “colisão entre princípios”⁴⁸¹.

A distinção entre regras e princípios, segundo Alexy, permite a compreensão mais precisa da possibilidade conciliação das referidas normas no caso de conflito ou

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108.

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107-108.

⁴⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

⁴⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

colisão, já que o exame isolado das duas normas “levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”⁴⁸².

Em relação ao conflito entre regras, que se submete ao raciocínio do “tudo ou nada”, expõe o autor Alexy que o impasse somente pode ser solucionado de duas maneiras, quais sejam, ou “se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. O autor explica tal assertiva exemplificando tal situação, vejamos:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico⁴⁸³.

Esclarece Alexy que não existe a possibilidade de graduar o conceito de validade de uma norma jurídica, razão pela qual deve ser completamente aplicável em caso de validade ou inaplicável em caso de invalidade, entendimento que também é observado quanto à consequência jurídica de tal norma, motivo pelo qual, independentemente da fundamentação, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”⁴⁸⁴.

Constatada a incidência em uma situação concreta de duas regras antagônicas e não havendo cláusula de exceção, deve ser examinada a validade da regra por meio das técnicas para a solução de tal dilema, tradicionalmente admitidas em cada ordenamento^{485 486 487}. É que, conforme expõe Silva, “duas regras que preveem

⁴⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91-92.

⁴⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.

⁴⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.

⁴⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

⁴⁸⁶ “A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros,

consequências jurídicas diversas para o mesmo suporte fático não podem pertencer ao mesmo sistema jurídico. Uma delas é, pelo menos para esse sistema, inválida”⁴⁸⁸
489.

Situação distinta acontece em relação à colisão entre princípios, cuja solução não ocorre no plano da validade, mas sim no plano do peso, ou seja, da precedência de um em relação a outro. Registra Alexy que “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder”, sem que ocorra a invalidade do princípio cedente, muito menos a inserção de uma cláusula de exceção⁴⁹⁰. Explica o autor:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência⁴⁹¹.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a solução para a colisão de princípios exposta por Alexy exige a “definição de relações condicionadas de precedência”, já que, como

2012, p. 93).

⁴⁸⁷ Neste sentido, afirma Silva que: “Nos casos de conflitos entre regras, vale o conhecido raciocínio 'tudo ou nada'. Se duas regras entram em conflito, isso pode ser resolvido por meio da definição de uma espécie de 'cláusula de exceção' em uma das duas regras. Mas isso nem sempre é possível, pois pode ocorrer que duas regras prevejam duas consequências jurídicas inconciliáveis para o mesmo suporte fático. Nesses casos, não há outra alternativa que não a verificação da invalidade de uma delas” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33).

⁴⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33-34.

⁴⁸⁹ Silva expõe a solução por meio dos exemplos: “Se há uma regra que proíbe que os alunos de uma determinada escola deixem suas salas de aula antes que o sinal soe e, no conjunto de regras da mesma escola, há uma outra que impõe que esses mesmos alunos saiam de suas salas se tocar o alarme de incêndio, temos aqui um conflito parcial, pois a consequência jurídica da segunda – sair da sala mesmo que não toque o sinal, desde que toque o alarme – não é compatível com a proibição total de se sair da sala antes do sinal, como exige a primeira regra. O critério para a solução de tal conflito é fornecido pela conhecida máxima *lex specialis derogat legi generali* e, por conseguinte, a segunda regra será encarada como uma exceção à primeira. Em um segundo exemplo, há uma regra que proíbe e outra que permite o fumo nas salas de aula. Aqui, não há a possibilidade da instituição de uma cláusula de exceção, como no exemplo anterior, porque as consequências jurídicas são totalmente excludentes entre si. Para a solução desse conflito só podem ser consideradas uma das outras duas máximas para solução de antinomias: *lex posterior derogat legi priori* ou *lex superior derogat legi inferiori*. O resultado será, inevitavelmente, a declaração de invalidade de uma das regras” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34).

⁴⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93-94.

⁴⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93-94.

mandamentos de otimização, dependem, para que sejam realizados, das possibilidades fáticas e Jurídicas do caso concreto, que, se alteradas, não garantem a mesma precedência já estabelecida^{492 493}.

Alexy explica referidas condições de precedência, utilizando, para tanto, da máxima da proporcionalidade. Segundo o autor, “a natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da máxima da proporcionalidade”⁴⁹⁴, assim compreendida a partir de três outras máximas, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que expressam a ideia de otimização⁴⁹⁵.

A máxima da adequação veda que uma restrição a um princípio seja realizada sem que ocorra a otimização do outro princípio colidente, ou seja, veda qualquer restrição a direito fundamental que não provoque qualquer favorecimento a outro direito fundamental também aplicável ao conflito⁴⁹⁶.

Já a máxima da necessidade impõe o exame, dentre as restrições possíveis de serem aplicadas, qual a capaz de gerar a menor restrição possível ao direito fundamental, vedando que outra medida mais prejudicial seja aplicada⁴⁹⁷.

As referidas máximas da adequação e necessidade dizem respeito às possibilidades fáticas que norteiam o princípio da proporcionalidade, voltadas para evitar sacrifícios a direitos fundamentais colidentes maiores do que aqueles extremamente necessários⁴⁹⁸.

⁴⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34-35.

⁴⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34-35.

⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

⁴⁹⁵ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110. Nesta obra, a máxima da adequação é chamada de máxima da idoneidade.

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

Contudo, diz Alexy que “custos são inevitáveis quando princípios colidem”, motivo pelo qual deve ser observada a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que “expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas”⁴⁹⁹. Afirma o autor que tal subprincípio é definido pela lei do balanceamento ou lei da ponderação, definida a partir da fórmula do peso, de grande importância prática⁵⁰⁰.

Alexy expõe sua fórmula do peso desenvolvida a partir da lei da ponderação, que foi inicialmente definida da seguinte forma: “Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro”^{501 502}.

A referida fórmula é exposta pelo autor a partir da equação “ $W_{i,j} = I_i \cdot W_i \cdot R_i / I_j \cdot W_j \cdot R_j$ ”, afirmando que a mesma expressa a essência da ponderação para fins práticos, tanto que utiliza o caso concreto ($W_{i,j}$) para, a partir dele, verificar, como em uma balança de pesos e contrapesos, a relação entre o princípio que se busca aplicar (P_i) e o princípio colidente (P_j)⁵⁰³. A solução do caso concreto é aferida a partir do quociente de três fatores, quais sejam:

Fator I , de natureza analítica, relativo à intensidade de interferência que recai sobre os princípios colidentes: “ I_i representa a intensidade da interferência no P_i . I_j representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j . I_j também pode ser compreendida como intensidade de interferência, ou seja, intensidade da interferência em P_j através da não interferência em P_i ”⁵⁰⁴;

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

⁵⁰⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7. A referida lei, contudo, já teve tradução distinta: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111).

⁵⁰² A referida lei, todavia, foi aprimorada posteriormente pelo autor, que formulou uma segunda lei da ponderação que chamou de epistêmica, qual seja: “Quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam” (ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9).

⁵⁰³ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7-8.

Fator W , de natureza analítica, referente aos pesos em abstrato dos princípios colidentes: “ W_i e W_j representam os pesos em abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j . Quando os pesos abstratos são iguais, o que frequentemente ocorre em colisões de direitos fundamentais, eles se anulam reciprocamente”⁵⁰⁵;

Fator R , de natureza empírica, relativo à confiabilidade das atribuições numéricas conferidas aos fatores variáveis anteriores (I e W): R_i e R_j “se referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito, em primeiro lugar e sobretudo, à questão de quão intensa é a interferência em P_j seria se a interferência em P_i fosse omitida. Além disso, a certeza das suposições empíricas e normativas pode também se relacionar à classificação dos pesos abstratos, ou seja, a W_i e W_j ” (ou seja, se referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito às atribuições numéricas conferidas aos fatores variáveis anteriores)⁵⁰⁶.

Após admitir já ter se referido ao fator R “apenas como ‘suposições empíricas’”⁵⁰⁷, reconheceu o autor a necessidade de diferenciar o que denomina de “discricionariedade empírica” e “discricionariedade epistêmica normativa”, especialmente diante da sua segunda lei da ponderação, denominada “lei da ponderação epistêmica”, assim descrita: “Quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam”⁵⁰⁸.

Segundo o autor, o exame do fator R não deve utilizar apenas premissas empíricas, mas sim as “premissas que justificam [a interferência]”, sejam elas empíricas, sejam normativas⁵⁰⁹. Por tal motivo, esclarece que o último fator da sua equação (R_i e R_j) deve ser examinado não apenas a partir de premissas empíricas ($R_{i,e}$ e $R_{j,e}$), mas também de premissas normativas ($R_{i,n}$ e $R_{j,n}$), sendo fruto então de uma “equação de certeza”, qual seja, “ $R_i = R_{i,e} \cdot R_{i,n}$ ”^{510 511}.

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7-8.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 8.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9.

⁵⁰⁸ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9.

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 9-10.

⁵¹⁰ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 10.

⁵¹¹ Esclarece o autor, contudo, que, “em um grande número de casos, somente a certeza empírica é um problema”, não sendo necessária a aplicação explícita da mencionada “equação da certeza”, mais completa. “Porém, assim que tanto a certeza empírica quanto a certeza normativa estão em questão, R_i e R_j têm de ser substituídas pelos respectivos produtos do lado direito da equação da certeza (ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.10).

A consequência, segundo o autor, foi o refinamento da fórmula de peso, ou seja, a elaboração de uma “fórmula do peso completa” ou “fórmula do peso completa refinada”, representada pela seguinte equação: $W_{i,j} = l_i \cdot W_i \cdot R_{ie} \cdot R_{in} / l_j \cdot W_j \cdot R_{je} \cdot R_{jn}$ ⁵¹².

Ainda em relação à referida fórmula, esclareceu o autor que a mesma tem como objetivo justificar a precedência de um princípio em relação a outro por meio de fatores e argumentos representados por números, razão pela qual considera necessário expor sua aplicação por meio de uma “escala discreta, ou seja, uma escala triádica não-contínua, na qual sequências geométricas são implementadas”⁵¹³.

A referida dinâmica funciona em relação aos fatores variáveis *l* e *W*, aos quais são atribuídos os “valores ‘leve’, ‘médio’ e ‘grave’”, representados pelos números 2⁰, 2¹ e 2², ou seja, por 1, 2, 4”. A utilização da escala triádica, segundo o autor, soluciona a maioria dos problemas enfrentados judicialmente. Todavia, para os casos difíceis, deve ser utilizada a escala triádica dupla, ou seja, para cada fator *l* “leve”, *l* “médio” ou *l* “grave”, *W_j* “leve”, *W_j* “médio” ou *W_j* “grave”, deve ser novamente atribuídos os valores “leve”, “médio” ou “grave”⁵¹⁴.

As escalas “triádica” ou “triádica dupla”, como afirmado, somente são utilizadas nas variáveis analíticas *l* e *W*. Em relação às variáveis empíricas *Re* e *Rn*, é utilizada uma escala inversa, que apura as confiabilidades empírica e normativa partindo-se de um juízo de certeza para a compreensão do que não é claramente falso. Para tanto, são utilizados os “estágios ‘confiável’ ou ‘certo’ (*r*), ‘plausível’ (*p*), e ‘não evidentemente falso’ (*e*), aos quais devem ser atribuídos os números 2⁰, 2⁻¹ e 2⁻², ou seja, 1, 1/2 e 1/4”⁵¹⁵.

O que se denota do pensamento de Alexy, até o momento, é que a sua teoria dos

⁵¹² ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 10-11.

⁵¹³ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 11.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 12.

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 11-12.

princípios se baseia nas seguintes assertivas: i) os direitos fundamentais estão materializados em normas que podem se subdividir em regras e princípios; ii) a distinção entre regras e princípios não é de grau, mas sim, qualitativa, sendo as primeiras consideradas comandos definitivos, que, sendo válidas, devem ser completamente satisfeitas, enquanto os princípios são enquadrados como mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados; iii) como consequência da referida distinção, os conflitos entre regras e a colisão entre princípios são solucionados mediante técnicas diferentes; iv) o conflito entre regras é colucionado pelo raciocínio do “tudo ou nada”, cujo impasse somente pode ser resolvido em caso de invalidade ou da existência de cláusula de exceção; v) a colisão entre princípios é solucionada no plano do peso, onde se afere a precedência de um em relação a outro; vi) apesar de se reconhecer a existência de pesos abstratos para cada princípio, a aferição do grau de satisfação no caso concreto depende do exame das possibilidades fáticas e jurídicas; vii) a aferição das condições de precedência de um princípio sobre outro colidente exige a aplicação da máxima da proporcionalidade, que se subdivide nas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por meio das quais são obtidas as citadas possibilidades fáticas e jurídicas; viii) a máxima da proporcionalidade em sentido estrito possui maior relevância dentre os demais subprincípios, por elucidar as possibilidades jurídicas que justificam a precedência de um princípios em caso de colisão, obtidas mediante a aplicação da lei da ponderação, que, juntamente com a lei dos princípios colidentes, atuam como base de sustentação de toda dos princípios, aplicável à teoria dos direitos fundamentais.

Ao comentar o pensamento de Alexy no contexto das transformações da interpretação constitucional, Barroso afirma que uma das virtudes da teoria exposta pelo filósofo do direito foi demonstrar que as “normas de direito fundamental têm, com frequência, a estrutura de princípios, de modo que o termo princípio pode se referir tanto a direitos individuais como a bens coletivos, isto é, fins de interesse público”⁵¹⁶.

⁵¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 85-89.

Segundo o Barroso, o pensamento de Alexy contribuiu para a “criação de uma cultura jurídica não positivista, bem como para a centralidade dos direitos fundamentais – e, conseqüentemente, da Constituição – no direito contemporâneo”⁵¹⁷. Afirma o autor que:

[...] no centro das reflexões do Professor Robert Alexy encontra-se a tese de que o Direito possui natureza dupla, com uma dimensão real (ou fática) e outra ideal. A dimensão fática se manifesta na validade formal da norma e na sua eficácia social. A dimensão ideal se manifesta na sua correção moral. Ao se agregar a ideia de correção moral como um terceiro elemento, ao lado da validade e da eficácia social, supera-se o conceito positivista de Direito⁵¹⁸.

Expõe Barroso que o enfrentamento do tema afeto à relação entre o Direito e a Moral por Alexy⁵¹⁹, demonstra a sua orientação não positivista, bem como sua ideia de justiça, que exterioriza ao que denomina de correção moral, compreendida como justo o que é correto, refutando o pensamento positivista capaz de sustentar o conteúdo do direito mesmo sem moralidade⁵²⁰.

O autor, inclusive, menciona que a visão de Alexy⁵²¹ é contrária ao pensamento de Radbruch, “que em versão abreviada é assim enunciada: 'Injustiça extrema não é direito'”, ao ponto de sustentar que “extremamente injusto é tudo aquilo que vulnera os direitos humanos básicos, e este mínimo de justiça tem validade universal”⁵²².

Destaca Barroso que os mencionados direitos humanos, quando incorporados à Constituição, passam a tipificar direitos fundamentais, que não apenas vinculam os Poderes estatais, mas também “representam uma abertura do sistema jurídico

⁵¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 75.

⁵¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 76.

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 3, 43, 75-76, 90-97.

⁵²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 76.

⁵²¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 34-37.

⁵²² BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 76-77.

perante o sistema moral”, ao ponto de expor uma possível relação entre direito e moral e permitir uma “correção” daquele neste equivalente à ideia de Justiça^{523 524}
525.

Expõe Alexy o referido pensamento justificando que o argumento da injustiça “visa uma situação excepcional, a da lei extremamente injusta”, hipótese que pode ser admitida com base no argumento dos princípios, valendo-se de uma afirmativa admitida por positivistas ou não positivistas, qual seja, de que “todo direito positivo tem uma estrutura aberta”, decorrente “do caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradição entre normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais”⁵²⁶.

Tomando por base tal “âmbito de abertura do direito positivo”, que pode ser reconhecido em casos difíceis de decidir, propõe Alexy a utilização do argumento dos princípios para legalmente autorizar o juiz a decidir observando “uma vinculação necessária entre direito e moral”⁵²⁷.

O autor, contudo, adverte que “quando se fala de uma conexão necessária entre direito e moral, geralmente tem-se em mente uma conexão entre o direito e a ou uma moral carreta”. Daí se extrai sua tese da correção, resultante de uma aplicação

⁵²³ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 77.

⁵²⁴ Neste sentido, expõe Barroso: “Os direitos fundamentais desfrutam de uma posição central no sistema, irradiando-se por todos os domínios do direito infraconstitucional. Esta visão compreensiva ou holística dos direitos fundamentais foi originariamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no célebre caso Luth, comentado por Alexy em diversos de seus textos. Em resumo apertado: a correção moral do direito e das decisões jurídicas impõe uma vinculação entre o Direito e a moral. A correção equivale, no Direito, à ideia de justiça. A reserva mínima de justiça corresponde aos direitos humanos básicos. E estes, convertidos em direitos fundamentais pela inclusão na Constituição, condicionam a compreensão de todo o ordenamento jurídico (BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014, p. 75-77).

⁵²⁵ Neste sentido: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés (org.); Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 83-85 e 92-100.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés (org.); Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 83-84.

⁵²⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés (org.); Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 83-84.

do argumento da correção nos limites do argumento dos princípios⁵²⁸ e segundo uma teoria da argumentação jurídica, fundada em proposições racionalmente fundamentadas^{529 530}.

Referidas teses, todavia, transcendem os limites da abordagem realizada no presente trabalho, que, conforme exposto inicialmente, busca utilizar a teoria dos princípios colidentes, a máxima da proporcionalidade e a lei da ponderação para justificar, mesmo que excepcionalmente, a interferência no direito fundamental de propriedade ocasionada pela sua afetação ao interesse social e econômico relevantes, em prol da otimização dos direitos fundamentais de posse, moradia e propriedade.

É que o reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta que será exposto na presente tese, tem como premissas os seguintes argumentos:

1 - Se o sistema judicial brasileiro admite, em casos excepcionais, a desapropriação indireta não prevista no nosso ordenamento jurídico, decorrente da afetação da propriedade privada em prol da realização do interesse público, seguindo parcialmente o regime institucional da desapropriação direta por utilidade e necessidade públicas e interesse social, a mesma conclusão deve inevitavelmente ocorrer em relação à desapropriação judicial privada, possível no caso específico de interesse social e econômico relevante, reconhecido judicialmente, para se também admitir a desapropriação judicial privada indireta, provocada pela mesma motivação;

2 - O interesse social que ampara a afetação da propriedade privada e, conseqüentemente, o reconhecimento da desapropriação judicial indireta, é, a exemplo da desapropriação judicial privada direta, aquele considerado relevante e

⁵²⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 92-93.

⁵²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

⁵³⁰ O argumento dos princípios tem como base a já exposta distinção teórico-normativa entre regras e princípios, suficiente, segundo o autor, para estabelecer uma “conexão necessária entre direito e moral”, tendo em vista as teses da incorporação, da moral e da correção (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés [org.]; Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85-86).

irreversível pelo julgador segundo as particularidades do caso concreto, mediante tanto a valoração da posse qualificada socialmente pela moradia, labor, obras e despesas que foram realizadas pelos ocupantes em busca da concretude de direitos fundamentais (de posse, à propriedade e à moradia) e da dignidade humana, quanto da consolidação da situação fática;

3 - Mesmo sem qualquer referência à afetação decorrente do fato consumado, existem importantes decisões judiciais que reconhecem, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, a ocorrência da desapropriação judicial indireta, provocada especialmente por invasões ou ocupações urbanas, que acabaram sendo expressivas em termos da valoração do fenômeno possessório, bem como de concretização da dignidade humana por meio do reconhecimento de direitos fundamentais, consolidadas ao ponto de se tornarem irreversíveis;

4 – Existem critérios objetivos mínimos extraídos de julgamentos de casos difíceis, que auxiliam no processo de enfrentamento do conflito de regras ou colisão de princípios, mediante o processo de ponderação de interesses protegidos constitucionalmente, responsável pela aferição da precedência de um princípio constitucional em relação a outro, ambos aplicáveis *prima facie* a situações envolvendo conflitos entre possuidores e proprietários, observada a premissa de que tal precedência deve buscar a menor restrição possível a todos os princípios não aplicados, sem resultar na supressão absoluta dos valores nestes contidos; e que

5 - A precedência do princípio da função social sobre o da propriedade privada deve sempre ocorrer mediante a compensação do proprietário, tendo em vista a garantia constitucional da justa e prévia indenização, mesmo que em caso de descumprimento da função social, tal como ocorre em relação à desapropriação indireta pública, direito que somente pode ser mitigado em caso de previsão explícita na Constituição Federal.

Os argumentos expostos no primeiro capítulo da presente tese, somados aos que foram agora transcritos e aos que serão apresentados nos terceiro e quarto capítulos, justificam a conclusão que será exposta no quinto capítulo, por partirem

da premissa de que as regras e os princípios descritos na Constituição Federal que foram analisados até o presente momento correspondem a direitos fundamentais lastreados na dignidade da pessoa humana, com semelhantes pesos *prima facie*, mas que colidem em caso de conflitos envolvendo o imóvel privado, cuja solução exige a aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Tais argumentos justificam, ainda, a utilização da desapropriação judicial privada indireta como a melhor medida restritiva do direito fundamental de propriedade, diante das possibilidades fáticas que envolvem a espécie de conflito, seja por ser a mais adequada para restringir o direito de propriedade e formentar os direitos de posse, à moradia e à propriedade, seja ser consubstanciar, dentre as alternativas possíveis, aquela que é necessária, inclusive, para evitar maiores sacrifícios ao direito fundamental preterido.

Por fim, diante dos desgastes inevitáveis em caso de colisão de direitos fundamentais, justificam, dentre as possibilidades jurídicas extraídas do caso concreto, a aplicação da lei da ponderação para a aferição qual o peso de cada princípio colidente, tal como exigido pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito, com a ressalva de que a confiabilidade empírica e normativa das atribuições conferidas na fórmula do peso deverá ser extraída do grau de conhecimento e da qualidade das informações existentes sobre conflitos que envolvem o tema, que serão expostas nos terceiro e quarto capítulos.

3 A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA DECORRENTE DA CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA QUE CONCRETIZA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA

A possibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta exige o exame da afetação da propriedade privada a um interesse social, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia. A consequência deste reconhecimento será a aplicação do respectivo regime jurídico, ao menos no que se refere à responsabilidade do Poder Público pelo pagamento da prévia e justa indenização ao titular do direito de propriedade, equivalente pecuniário ao núcleo mínimo essencial da propriedade expropriada.

A tipificação da referida hipótese de desapropriação, contudo, não ocorre em razão de uma simples subsunção dos fatos aos tipos descritos em lei, representativos de um interesse social. Decorre, na verdade, de uma interpretação judicial do que seja interesse social, extraída a partir do texto constitucional e da máxima otimização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, qualificados pela função socioambiental, razão pela qual está fundamentada na teoria dos princípios colidentes, na máxima da proporcionalidade e na técnica da ponderação.

O reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social, busca demonstrar que, mesmo sendo uma espécie de desapropriação admitida em conflitos puramente privados, deve o Poder Público ser excepcionalmente responsabilizado, quando indentificada que a consagração do imóvel expropriado também realiza o interesse público, ou melhor, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, e o bem de todos.

A análise será realizada mediante o exame da afetação, da possibilidade de aplicação da teoria do fato consumado, da jurisprudência sobre o tema e da compreensão da desapropriação judicial indireta, conforme exposto nos tópicos deste terceiro capítulo.

3.1 A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA PELO INTERESSE SOCIAL COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL PARA A SOLUÇÃO DA COLISÃO DOS PRINCÍPIOS

A afetação é um fenômeno que pode ser compreendido ou reconhecido de diversas maneiras no âmbito jurídico^{531 532}. É especialmente reconhecida e utilizada no direito administrativo, tradicionalmente relacionada à definição ou classificação de bens públicos, de onde, inclusive, alguns administrativistas extraem o seu conceito construído a partir da destinação conferida às coisas, voltada para a satisfação do interesse público. Também vem sendo cada vez mais empregada no direito civil, com sentido similar, em vários dos seus institutos, apesar de ter maior ênfase no direito das coisas⁵³³.

Como o objeto do trabalho exige uma abordagem de ambos os ramos do direito –

⁵³¹ Neste sentido: “É a oposição de encargo ou ônus a um prédio ou bem, e que se destina à segurança de alguma obrigação ou dívida, à utilidade pública, ou ao uso público. A afetação imposta a um bem qualquer, desse modo, vem indicar ou determinar o fim a que ele se destina ou para o qual será utilizado. A afetação tanto pode recair em bem móvel como imóvel. Se o juiz decreta a afetação de uma parcela dos vencimentos do funcionário, para atender à prestação de alimentos, esta afetação ocorreu sobre bens móveis. E, porque é decretada ou determinada pelo juiz, se diz afetação judicial ou especial. Será, no entanto, administrativa, quando decorre de ato ou deliberação do poder público, consignando um bem dominial do Estado para o uso coletivo ou bem público, ou para a utilização de um serviço público. Em direito Civil, a afetação é quase sinônimo de hipoteca. E assim ocorre quando o imóvel é dado em garantia de uma dívida. Do latim *affectatione*, significa também o ato ou efeito de afetar-se: falta de naturalidade, amaneiramento; fingimento, simulação, falsidade; vaidade, presunção (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38).

⁵³² Expondo a amplitude da sua aplicação, vide: “*Affectio Possidendi*. Intenção de possuir a coisa como própria. *Affectio Societatis*. Manifesta boa intenção, vontade, ânimo de cooperação de duas ou mais pessoas que se unem em sociedade, mercantil ou de outra natureza, para atingirem fins comuns como direitos recíprocos. É o elemento subjetivo indispensável para a realização da sociedade. *Affectio Tenendi*. Vontade de possuir a coisa como dono. *Affectio Maritales* – Diz-se da reciprocidade de tratamento entre marido e mulher, devendo existir entre eles compreensão, afeição e harmonia. *Afetação*. No Dir. Administrativo, é o ônus imposto a bem móvel ou imóvel para garantia de dívida ou obrigação. Ato pelo qual se confere destinação dada a bem público (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2003, p. 54-55).

⁵³³ Gomes também expõe a importância da afetação para definição do patrimônio: “Patrimônio será, desse modo, o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado. Quebra-se o princípio da unidade e indivisibilidade do patrimônio, admitindo-se um patrimônio geral e patrimônios especiais. [...] No patrimônio geral, os elementos unem-se pela relação subjetiva comum com a pessoa. No patrimônio especial, a unidade resulta objetivamente da unidade do fim para o qual a pessoa destacou, do seu patrimônio geral, uma parte dos bens que o compõem, como o dote e o espólio. [...] A ideia de afetação explica a possibilidade de patrimônios especiais. Consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 183).

pois relaciona institutos como a posse, propriedade e moradia representativos da função socioambiental, capaz de provocar, mesmo que excepcionalmente, a consolidação de uma situação fática, suficiente, em circunstâncias especiais, para tipificar a afetação e justificar a incidência do regime jurídico da desapropriação judicial indireta –, torna-se oportuno e necessário o seu exame por meio do presente tópico.

Perante a Administração Pública, o fenômeno da afetação é definido a partir da sua relação com a classificação dos bens públicos, mais especificamente ao seu elemento teleológico⁵³⁴. Neste sentido, Di Pietro expõe que o Código Civil classifica os bens públicos justamente a partir da destinação ou afetação, registrando que

[...] os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis⁵³⁵.

Conclui a autora que a destinação pública é o ponto em comum nas duas primeiras espécies de bens públicos, ausente na terceira categoria, fazendo com que sejam aplicados regimes jurídicos distintos: “(a) os do domínio público do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial; (b) os de domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais”⁵³⁶. Por tal motivo, define a afetação como sendo a destinação que é dada à propriedade pública, que imprime características especiais que a distingue da propriedade particular⁵³⁷.

Entendimentos semelhantes são registrados por Bandeira de Mello, Cretella Júnior,

⁵³⁴ Rocha descreve entendimento a partir do qual o domínio público, que abrange os bens públicos, é definido a partir de quatro elementos, quais sejam, o subjetivo, o objetivo, o teleológico e o normativo. Segunda a doutrina exposta pelo autor, é o elemento teleológico que demonstra a finalidade ou destino empregados nos bens públicos (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 14-15).

⁵³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 579-580. No mesmo sentido: GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 675.

⁵³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 579.

⁵³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 583.

Medauar, Justen Filho e Meirelles⁵³⁸, quando afirmam ser a afetação “a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial”⁵³⁹, “a destinação da coisa ao uso público”⁵⁴⁰, “a atribuição, a um bem público, de sua destinação específica”⁵⁴¹ ou “a subordinação de um bem público a regime jurídico diferenciado, em vista à destinação dele à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva inclusive a sua inalienabilidade”⁵⁴².

Para Carvalho Filho, “se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está *afetado* a determinado fim público”, razão pela qual define a afetação como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto pela Administração^{543 544 545}.

Contudo, conforme esclarece Moreira Neto, a afetação é a “destinação fática ou jurídica de um bem a uma utilização pública”, podendo o fenômeno ocorrer sobre quaisquer espécies de bens, ou seja, sobre os particulares, os dominicais, as coisas de ninguém apropriáveis, e sobre os bens de uso especial, erigindo-os ou à espécie de bem público de uso comum ou a bem de uso especial⁵⁴⁶.

⁵³⁸ Meirelles afirma que a afetação é a imposição de uma destinação pública específica a um bem que distingue o domínio público do particular (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506).

⁵³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 933.

⁵⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 617.

⁵⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285.

⁵⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 988

⁵⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1149.

⁵⁴⁴ “Quando um bem público possui uma destinação especial, de molde a ser utilizado diretamente na prestação de um serviço público ou como instrumento para as atividades normais dos agentes públicos, no cumprimento de suas funções, diz-se que ele está afetado. Afetado, no caso, a um interesse público específico. [...] A afetação, assim, nada mais é do que a destinação de um bem público a uma finalidade pública específica (COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2015, p. 845).

⁵⁴⁵ Seguindo pensamento semelhante, Araújo conceitua a afetação como sendo “a operação do Direito Administrativo, sem símile no direito privado, consistente em destinar, consagrar bens a uma finalidade pública determinada, por lei local ou nacional, embora doutrinariamente se admita afetação em razão de fatos geradores ou atos jurídicos administrativos” (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1167).

⁵⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 247.

Defende Marques Neto que a afetação deve ser definida a partir do Código Civil, que, mesmo não promovendo uma definição explícita, define os bens de uso especial por meio da destinação “a um uso na atividade administrativa”, ou seja, pela afetação da espécie de bem ao serviço ou estabelecimento da administração^{547 548}. Por tal motivo, diz o referido autor que, para a lei civil:

[...] a afetação deixa de ser predominantemente material (situação fática de o bem estar aplicado, empregado, efetivamente, ao uso especial e, por analogia, a um uso comum), e passa a depender de uma circunstância mais genérica, de ter sido ele reservado, destinado a tal uso^{549 550}.

Como consequência, entende o autor que basta ser destinado⁵⁵¹ formalmente ao interesse público para ocorrer o fenômeno da afetação, não sendo necessária realização efetiva da destinação⁵⁵².

De igual forma, Gasparini também extrai do Código Civil a definição da afetação (art. 66), consignando que a afetação, denomina pelo autor como consagração, é a atribuição de uma destinação pública a um bem, ou seja, “é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial”⁵⁵³. Diz o autor:

Com efeito, se adquiridos para a implantação de uma praça ou rua, integrarão a categoria dos bens de uso comum do povo, mas se adquiridos para abrigar um serviço público (serviço funerário, de abastecimento de água), que integrarão a espécie dos bens de uso especial, e, se adquiridos

⁵⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.121.

⁵⁴⁸ No mesmo sentido: “Embora o critério de entre os bens públicos e privados decorra do sujeito que o tem sob o seu poder, há bens que são públicos em razão de sua destinação” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os bens. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003, p. 114).

⁵⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.121.

⁵⁵⁰ De forma semelhante, expõe Nascimento: “Embora o critério de entre os bens públicos e privados decorra do sujeito que o tem sob o seu poder, há bens que são públicos em razão de sua destinação” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os bens. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003, p. 114).

⁵⁵¹ O autor esclarece que o Código Civil (art. 100) também utiliza o termo *qualificação* para expor a forma que a lei determinar.

⁵⁵² O autor, inclusive, ressalta: “Pode-se cogitar o sentido inverso, sobretudo mais complicado, na medida em que poderá remanescer a destinação (quando formal...) sem que haja mais interesse ou possibilidade concreta na sua aplicação efetiva neste uso” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.121-122).

⁵⁵³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676.

sem qualquer finalidade (doação), pertencerão à modalidade dos dominicais. Diz-se, então, que os bens alojados nas duas primeiras categorias estão consagrados, destinados ou afetados a uma finalidade e que os da última espécie não estão consagrados, destinados ou afetados a qualquer finalidade⁵⁵⁴.

Os argumentos expostos demonstram que, mesmo sem expor explicitamente qualquer definição do que seja a afetação, o Código Civil apresenta o seu sentido uniformemente aplicado, seja em relação à classificação dos bens públicos, seja em relação a importantes institutos do direito das coisas.

É que o Código Civil classifica os bens públicos a partir da sua utilização, destinação ou qualificação, sendo de “uso comum do povo os rios, mares, estradas, ruas e praças”, de “uso especial os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias”, e os “dominicais, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” – neste caso, independentemente de destinação (art. 99)⁵⁵⁵
⁵⁵⁶.

Ao examinar a redação do referido artigo 99, Paulo e Saraiva destacam a importância da afetação para a classificação dos bens públicos em de uso comum, especial e dominicais. Vejamos:

Observem que os dois primeiros bens (uso comum e uso especial) estão muito próximos, pois ambos têm uso. Exatamente por terem uso, eles possuem aquela famosa expressão: afetação. Esses bens estão afetados porque têm uso. Se tem uso, tem afetação. Logo, os dois primeiros possuem afetação. Quanto ao terceiro tipo, que são os bens dominicais, percebam que a lei não usou a expressão “uso”, como fez com os dois primeiros ⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676.

⁵⁵⁵ O Código Civi ressalva que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (art. 100).

⁵⁵⁶ Pereira afirma que, “para o Código Civil, a classificação dos bens em públicos e privados assentou-se no critério subjetivo da titularidade, e, ao adotá-lo, teve em vista a simplicidade doutrinária e a necessidade de um sistema prático de disciplina”. Assim, afirma o autor que serão bens públicos “os pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios”, enquanto todos os demais serão particulares (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 376-377).

⁵⁵⁷ PAULO, Gerson da Silva; SARAIVA, Wellington Beckman. **Direito civil: desmistificando a parte geral**. Rio de Janeiro: Brasil, 2011, p. 379.

Assim, dizem os autores que afetação significa “ter destinação pública, ou seja, ser usado para a coletividade”, enquanto desafetação “é exatamente o contrário: o bem não está sendo usado, ou seja, “não tem destinação pública”^{558 559}.

O termo “afetação” também é utilizada no direito das coisas para a aferição da existência ou não de posse, tendo o mesmo sentido já exposto (destinação), porém, de uma forma genérica, sem vinculação ao interesse público ou coletivo, mas apenas econômico. É que, apesar de ser reconhecido que a configuração da posse exige a análise dos elementos denominados *animus* (subjeto) e *corpus* (objeto), a mesma doutrina diverge quanto a compreensão de tais elementos. Neste sentido, já foi exposta a divergência entre as teorias subjetiva de Savigny e Ihering no primeiro capítulo.

De acordo com a teoria objetiva, a configuração da posse depende apenas da exteriorização do elemento corpóreo, compreendido a partir de sua destinação (afetação) econômica, assim compreendida como sendo aquela normalmente conferida pelo proprietário (*affectio tenendi*). O elemento anímico (*animus*), segundo o referido jurista, é intrínseco ao *corpus*⁵⁶⁰. Neste sentido, expõe Gomes que:

Só há posse onde pode haver propriedade. O que importa é o uso econômico, a destinação das coisas, a forma econômica de sua relação exterior com a pessoa. Algumas coisas comportam o poder físico porque podem ser guardadas e defendidas. Outras, porém, não o admitem, porque são livres e abertas. No entanto, umas e outras podem ser possuídas. Segue-se que o chamado *corpus*, no sentido de poder material da pessoa sobre a coisa, é insuficiente, porque não abrange todas as relações possessórias, mas somente, as que incidem em bens que devem ser guardados. Adotando-se o critério da destinação econômica, será fácil reconhecer a existência da posse, mesmo sem ter a menor ideia de sua noção jurídica. [...] Vê-se, assim, que qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela destinação econômica da coisa. Sua existência se atesta por sinais exteriores. Ela torna visível a propriedade^{561 562}.

⁵⁵⁸ PAULO, Gerson da Silva; SARAIVA, Wellington Beckman. **Direito civil**: desmistificando a parte geral. Rio de Janeiro: Brasil, 2011, p. 379.

⁵⁵⁹ A partir de tais disposições, a doutrina civilista descreve a afetação como sendo destinação especial que é conferida aos bens, capaz de qualificá-los como sendo públicos de uso especial ou comum. Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 276.

⁵⁶⁰ Fulgêncio afirma que “Ihering não nega a influência da vontade, mas acha que ela exerce na posse a mesma ação que em qualquer outra relação jurídica; o elemento preponderante é o econômico” (FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessória**: teoria legal e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 9.

⁵⁶¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35.

⁵⁶² “Ao elemento que unicamente se funda a sua importância: ao elemento econômico. A posse é a

Idêntica compreensão da teoria objetiva da posse é realizada por Pereira ao afirmar que a caracterização da posse segundo a teoria de Ihering, depende exclusivamente do elemento corpóreo, capaz de exteriorizar a utilização (destinação) econômica normalmente conferida às coisas pelo proprietário, ou seja, a *affectio tenendi*, sem a necessidade do poder físico sobre a coisa^{563 564 565}.

Tendo adotado a teoria de Ihering⁵⁶⁶, a compreensão da posse no nosso Código Civil, portanto, também depende o exame da *affectio tenendi*, ou seja, da destinação econômica da coisa que, diante do parâmetro utilizado pelo legislador no artigo 1.196 c/c 1.228, será aferido a partir do agir conforme age o proprietário (usar, gozar e dispor). Assim, a existência da posse depende da afetação da coisa à sua razão econômica, sendo este o critério, inclusive, para a definição da aquisição ou perda da posse, conforme se extrai dos artigos 1.196, c/c 1.204, 1.223 e 1.228.

Tais argumentos, contudo, explicativos da denominada teoria objetiva da posse, não são mais suficientes para a explicação do fenômeno possessório na atualidade,

relação de fato entre as pessoas e as coisas, tal como ordena o fim para a qual esta se utiliza sob o ponto de vista econômico. Essa relação varia segundo a índole das coisas. Toma forma de poder físico para as coisas móveis que são carregadas ou que se tem o costume de conservar em casa, e para imóveis fechados: casas, currais, armazéns ou jardins cercados etc. Não acontece o mesmo para as coisas imóveis que são deixadas em pleno campo, porque assim o determina o seu destino econômico; para os animais domésticos que andam livremente e que pastam nos campos; para os imóveis que não estão cercados, como prados, bosques, pedreiras, etc, e até mesmo para os imóveis fechados, mas que periodicamente permanecem sem vigilância, como os chalés de montanhas, as hospedarias dos Alpes e as habitações ou casas de verão da montanha, no tempo de inverno” (MERÉJE, Rodrigues de. **Teorias jurídicas da posse**. São Paulo: Brasil, 1942, p. 96).

⁵⁶³ “O elemento material da posse é a conduta externa da pessoa, que se apresenta numa relação semelhante ao procedimento normal de proprietário. Não há necessidade de que exerça a pessoa o poder físico sobre a coisa, pois que nem sempre este poder é presente sem que com isto se destrua a posse. O elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Ihering não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário – *affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20).

⁵⁶⁴ “Para Ihering, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mas sim conduta de dono. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. O elemento psíquico não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*). A conduta de dono pode ser analisada objetivamente, sem a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente. A posse, então, é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32).

⁵⁶⁵ No mesmo sentido: DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2004, p. 29.

⁵⁶⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 37.

conforme demonstrado no primeiro capítulo, tendo em vista a exigência constitucional do cumprimento da função socioambiental, cujo reflexo para a abordagem aqui referida seria para impor uma afetação não apenas do ter (*affectio tenendi*), mas do ser/coisa socioambiental.

Ainda no direito das coisas, também é aplicado o sentido de afetação conferido pelo direito administrativo na denominada desapropriação judicial privada indireta, prevista nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, que prescrevem 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”, com a observação de 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”.

Segundo Venosa, “trata-se de situação inovadora no direito brasileiro na qual pode ocorrer uma expropriação decorrente de processo judicial, uma verdadeira desapropriação indireta em favor do particular, não dependente da iniciativa do Poder Público”⁵⁶⁷, com a ressalva exposta por Penteado, de que se trata de uma previsão imposta pela cláusula geral de função social prevista em lei, criada em prol do interesse privado e não público⁵⁶⁸.

Farias e Rosenvald também afirmam o artigo prevê uma nova modalidade de desapropriação “é fruto da ocupação dos bens por considerável número de pessoas, sem prévio ato expropriatório, como fato anterior à indenização, a maneira do que se dá no direito administrativo”, razão pela qual também consideram ser uma hipótese de desapropriação judicial indireta⁵⁶⁹. A afetação, na referida hipótese de perda da propriedade privada, decorreria da destinação socioambiental especial que é conferida pelo considerável número de pessoas, reconhecida judicialmente a partir

⁵⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 155.

⁵⁶⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

⁵⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80 e 85.

da realização de obras e serviços considerados pelo juiz de relevante interesse social, econômico e ambiental relevante^{570 571}.

Situação semelhante ocorre em relação a outras hipóteses de desapropriação judicial privada estabelecidas nos artigos 1.255, 1.258 e 1.259, do Código Civil. O primeiro dispositivo, logo após confirmar a regra geral de que “aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização” (*caput*), prevê a seguinte exceção: “se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo” (parágrafo único).

O artigo 1.258, de igual maneira, afirma que, “se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente” (*caput*).

Todavia, também excepciona a regra ao prescrever que, pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a

⁵⁷⁰ Dando ênfase à necessidade de inclusão da função ambiental, vide: ARAÚJO, Fábio Caldas de; VELÁZQUEZ, Víctor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 250.

⁵⁷¹ “O Código inova na medida em que concede ao Judiciário o poder de expropriação apreciando casos concretos, quando uma extensa área de terra está na posse 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. Paralelamente sob a mira do denominado princípio de socialidade que marca o “sentido social” do Código, inova ao introduzir ‘um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou ‘posse pro-labore’, (...) Está claro, por outro lado, que a medida tem implícito o princípio de eticidade, ou seja, a possibilidade de se chegar “à concreção jurídica” através do princípio da operabilidade do Direito para atender o outro princípio da socialidade de modo efetivo. A jurisprudência vem construindo há muito tempo esse entendimento, hoje inscrito no Código, pois deve entender-se como aplicação do preceito máximo inscrito na Constituição e, sobretudo como efetivação de um dos Direitos Fundamentais, o direito à propriedade e mesmo porque se atendida ação reivindicatória, o Judiciário não poderia ficar ‘insensível “às consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão de milhares de pessoas’ (VELÁZQUEZ, Víctor Hugo Tejerina; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: do direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177).

porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Por fim, prescreve o artigo 1.259, do Código Civil, que, estando o possuidor de boa-fé e sendo uma invasão que exceder a vigésima parte do solo alheio, quem invadiu adquire a propriedade da parte do solo invadido, respondendo por perdas e danos correspondentes ao valor do terreno invadido, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente. Se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Conforme prescrevem Farias e Rosenvald, “em verdadeira mitigação ao milenar princípio da acessão, o parágrafo único do art. 1.255 acarretou interessante inovação, capaz de derogar o princípio geral de que o solo invariavelmente é o bem principal em relação a tudo aquilo que nele se assenta”. Segundo os autores, ocorre uma acessão inversa fundamentada no princípio da função social, pois permite a aferição da relevância socioeconômica de edificações já consolidadas em razão da desídia do proprietário do solo, capaz de justificar a aquisição forçada da propriedade pelo dono da acessão⁵⁷².

Os autores defendem que a previsão contida nos artigos 1.258 e 1.259 estabelecem verdadeiras desapropriações em prol do interesse privado dos possuidores, assegurando o direito à aquisição judicial da propriedade primordialmente em razão da inércia do proprietário em relação às diligências que deveriam ser tomadas para impedir a consolidação das acessões^{573 574}.

Referido quadro tipifica uma hipótese de desapropriação no interesse privado⁵⁷⁵, ou “uma expropriação privada da propriedade alheia, gerando o dever indenizatório, à semelhança da desapropriação indireta de bem particular feita pelo Poder Público”⁵⁷⁶. Tal como já registrado em relação à desapropriação judicial prevista nos

⁵⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 491.

⁵⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 495.

⁵⁷⁴ “Essa *desapropriação privada* justifica-se para evitar demolições antieconômicas” (GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 177).

⁵⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294.

⁵⁷⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.

parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228, a afetação, no caso descrito, decorreria da consolidação de uma situação fática que demonstrasse a destinação da coisa promovida pelo dono da acessão, sem a oposição do proprietário, considerada judicialmente como representativa do “interesse social na conservação das construções”^{577 578}.

O que se denota do exposto até o presente momento é que a o fenômeno da afetação, normalmente compreendido e reconhecido no direito administrativo, também encontra cada vez mais pertinência ou aplicabilidade em outros ramos do direito, especialmente no âmbito dos direitos das coisas.

Tal quadro decorre justamente da sua definição como destinação dos bens públicos ou privados aos interesses público e social, situação que se assemelha à funcionalização socioambiental que, neste caso, é imposta tanto para a posse, quanto para a propriedade, desenvolvida com maior otimização, em ambos os casos, por meio da posse qualificada pela moradia ou pelo labor.

Contudo, não obstante a compreensão promovida, devem ser expostos algumas questões relevantes referidas por Marques Neto⁵⁷⁹, que, embora tenham emergido no âmbito do direito administrativo, também contribuem para a definição da moldura que pode ser utilizada para a definição da afetação, independentemente da área do direito em que for reconhecida.

147.

⁵⁷⁷ Dower, inclusive, registra o entendimento no sentido de que existe, no caso, “o interesse social na conservação das construções”, que justifica a concessão do direito de o dono da edificação adquirir a propriedade do solo (DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil**: direito das coisas. 2 ed. São Paulo: Nelpa, 2004, p. 163).

⁵⁷⁸ O fenômeno da afetação também é reconhecido em outras áreas do direito civil, como ocorre com o denominado patrimônio de afetação, instituído para a “proteção dos adquirentes de unidades autônomas e do próprio sistema de incorporação imobiliário levado a efeito pelos incorporadores”, por meio do qual “todo o patrimônio constituído para determinada incorporação fica segregado e destinado à boa consecução do negócio jurídico da incorporação imobiliária” (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14). Ainda como exemplo de aplicação da afetação em outras áreas do direito civil, a doutrina descreve que a identificação ou a instituição de bem de família é representativa da afetação do bem a uma destinação especial considerada socialmente relevante, mesmo que temporariamente, em prol da residência da família (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 603).

⁵⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123.

O primeiro questionamento exposto diz respeito à análise da possibilidade da afetação ser decorrência natural de certas espécies de bens, de modo que a sua destinação pública também ser algo consequente de tal condição⁵⁸⁰. Sobre tal questão, Bandeira de Mello afirma que “a afetação tanto pode provir do destino natural do bem – como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças –, quanto por lei ou por ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público”⁵⁸¹, com a ressalva de que tal destinação natural pode vir a ser alterada em razão de determinação legal, tendo em vista a superioridade jurídica afirmada pela referida norma⁵⁸².

Este também parece ser o entendimento de Justen Filho, para quem a afetação pode ser decorrente da própria natureza do bem. Sustenta o autor a existência de uma afetação intrínseca, capaz de demonstrar que “há casos em que a composição material da estrutura institucional abrange necessariamente certos bens, no sentido de que a única destinação possível e imaginada para o bem é a satisfação das necessidades comuns do povo”, quadro que comprova, em seu ver, não ser necessário o ato administrativo formal, pois, enquanto subsistir faticamente a situação, haverá a afetação – como ocorre com as praças, as vias públicas e os mares, bens de uso comum do povo⁵⁸³.

Marques Neto sustenta posição em sentido oposto, por entender que não há tal afetação natural, já que os bens públicos são assim considerados em razão de expressa disposição contida na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, sem a qual poderiam ser privados, como o que ocorre com os rios, mares e praias⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

⁵⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 933.

⁵⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 933.

⁵⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 989.

⁵⁸⁴ Segundo o autor, não há “uma predição que obrigue uma dada afetação a um bem materialmente tomado”. Diz o autor: “O mar territorial pode ser exemplo de bem de uso comum, o que não impede que um determinado trecho deste mar seja destinado permanentemente a uma instalação militar ou a um projeto científico de pesquisa oceanográfica, retirando dele os atributos de uso geral e incondicionado. O mesmo ocorre com as praias oceânicas, também tidas e havidas como bens de uso comum, inclusive por prescrição legal, mas que em alguns sítios do litoral brasileiro são

Ressalta o autor, inclusive, que a afetação visível em algumas situações peculiares pode ser considerada decorrência natural em casos em que o próprio bem é “a individualização de um dado uso que, pela sua aplicação ao interesse coletivo, é tornado autônomo em relação ao bem que lhe dá suporte”, como o que ocorre com a energia hidráulica, o patrimônio genético do país e os sítios arqueológicos, considerados bens públicos pela Constituição Federal (arts. 20, VIII e X, e 225, § 1º, II)⁵⁸⁵. Por fim, esclarece o autor:

Havendo ausência de um ato explícito de afetação, pode ocorrer que o bem público permaneça afetado ao uso que lhe é dado em cada circunstância. Porém, isso não decorre de uma inclinação natural do bem, mas sim do costume das populações de empregar aquele bem a um determinado uso, que, insistimos, não obrigará a perenidade deste emprego, sendo sempre possível a superveniência de nova afetação que seja compatível ou prejudicial à afetação fática anteriormente dada ao bem⁵⁸⁶.

O entendimento dos referidos autores, contudo, não parecem ser antagônicos, já que todos admitem que a afetação dos bens de uso comum é um fenômeno existente enquanto mantida tal condição, ou seja, enquanto não promovida outra destinação. O que diferencia um pensamento do outro é que alguns não consideram a perenidade da afetação como algo suficiente para rechaçar a naturalidade da afetação, enquanto tal perenidade parece ser fundamental para a outra corrente⁵⁸⁷.

A segunda questão relevante citada por Marques Neto diz respeito à identificação da natureza jurídica da afetação, tendo em vista o dissenso doutrinário entre a configuração de um ato de vontade, de um fato voltado para o fim público ou de um ato legislativo ou administrativo⁵⁸⁸. Defende o referido autor que as hipóteses de ato jurídico ou ato de vontade não confirmam, por si só, a natureza jurídica da afetação, tendo em vista a possibilidade, em ambos os casos, da ocorrência do fenômeno

destinadas ao uso especial de guarnições militares ou fortalezas e ainda podem ser transformadas em bens afetados a outras finalidades que não de uso comum” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123).

⁵⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122-123.

⁵⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123.

⁵⁸⁷ Marçal Justen Filho defende ser a afetação natural mesmo sem ser eterna, ou seja, durante a manutenção de certa condição, enquanto defende Floriano de Azevedo não ser natural justamente por não ser tal natureza perene, já que é admitida outra condição sobre o mesmo bem.

⁵⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

mesmo quando ausentes ato formal ou de vontade determinando a destinação pública. Na visão do autor, deve ser reconhecido que a afetação pode ser tanto formal, e consubstanciar um fato jurídico ou um ato administrativo ou legislativo, quanto material ou fática, na hipótese de advir de um fato com consequências jurídicas⁵⁸⁹.

Vale mencionar o entendimento parcialmente distinto exposto por Moreira Neto, quando afirma ser a afetação inerente ou decorrente tanto de um fato jurígeno quanto a um ato jurídico. O autor exemplifica a primeira hipótese como a que ocorre quando uma obra pública é edificada em um terreno privado, sem que tenha o fato sido precedido de regular processo de desapropriação, dando ensejo, inclusive, a perdas e danos. Segundo o autor é a destinação pública que define a afetação, tal como a retirada de tal destinação provoca a perda da afetação, como ocorre, ainda nos exemplos citados pelo jurista, quando “um cataclismo arrasasse um edifício público, fazendo-o perder totalmente sua serviência específica”⁵⁹⁰.

Gasparini entende que a afetação somente pode consubstanciar ou decorrer de ato administrativo ou de lei, tal como ocorre quando for determinado, em um certo terreno, “a construção de uma penitenciária, de um museu ou de uma praça esportiva”, mediante ato formal administrativo, bem como quando a lei atribui uma destinação certa a um bem.

Contudo, discorda o autor da possibilidade de a afetação ter origem em um fato jurídico, como a “morte e a inundação”, ou em um fato administrativo, como a “construção de uma cadeia” em um imóvel, seja por não considerar possível “consagrar o bem atingido a um uso especial ou comum do povo”, seja por haver um ato formal anterior à construção dando a destinação pública⁵⁹¹.

Gasparini, contudo, aceita que a perda da afetação, denominada de desafetação ou desconsagração, normalmente decorrente de ato administrativo e de lei, também

⁵⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124-125.

⁵⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992, p. 247.

⁵⁹¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676.

ocorra por fato jurídico, como ocorreria se um bem de uso especial como uma creche fosse destruída por um terremoto^{592 593}. Por fim, expõe o autor:

É relevante notar que tanto a afetação como a desafetação não decorrem de ato ou comportamento dos administrados. Estes podem tomar essa ou aquela medida sem que ela leve ou tire de um bem o uso comum ou especial que lhe foi consagrado. Assim, mesmo que uma área destinada a praça (bem de uso comum do povo) seja invadida por favelados, não perde, só por isso, a consagração que tem. Do mesmo modo, o uso de certo bem, como passagem, não o transforma em uma rua^{594 595}.

Apesar de admitir que a afetação possa ser decorrente da natureza de certos bens, da consolidação de situações fáticas e de ato formal da Administração Pública, expõe Justen Filho ser mais desejável esta última hipótese, pois “a implantação de um Estado Democrático de Direito e a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade impõem para o futuro a formalização adequada da afetação dos bens que vierem a ser caracterizados como tal”⁵⁹⁶.

Carvalho Filho discorda de tal pensamento, não considerando relevante a realização de ato formal para a ocorrência da afetação, notadamente por considerar que a mesma possui a natureza jurídica de um fato administrativo, que decorre de “acontecimentos ocorridos na atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentem”, sendo, inclusive, dinâmico, a depender de sua finalidade.

Esclarece o autor, ainda, que “o fato administrativo tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza”, inclusive, tacitamente, quando verificada “o real intento da Administração”⁵⁹⁷. O autor cita os seguintes exemplos:

⁵⁹² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676.

⁵⁹³ No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 933.

⁵⁹⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676.

⁵⁹⁵ Como consequência do seu pensamento, defende o autor que a “afetação ou desafetação do bem são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado”, somente admitindo qualquer interferência de um ente público maior sobre bens do ente menor caso autorizada pela Constituição Federal (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 677).

⁵⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 990.

⁵⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1149-1150.

Suponha-se, para exemplificar, que um terreno sem utilização venha a ser aproveitado como área de plantio para órgão público de pesquisa: o bem, que era dominical, passará a ser de uso especial, havendo, portanto, afetação. Essa transformação de finalidade certamente será processada através de ato administrativo. Suponha-se, contrariamente, que um incêndio destrua inteiramente determinado prédio escolar: o bem que era de uso especial se transformou em bem dominical. Do momento em que esse imóvel não mais possa servir à finalidade pública inicial, podemos dizer que terá havido desafetação, e sua causa não terá sido um ato, mas sim um fato jurídico – o incêndio⁵⁹⁸.

Pela razão exposta, Carvalho Filho registra não ser relevante a realização do ato administrativo formal para a configuração da afetação, sendo fundamental a apuração do fato em si, da destinação pública efetivamente empregada^{599 600}.

A terceira questão suscitada por Marques Neto diz respeito a “saber se a afetação seria condição para o bem integrar o domínio público ou se cuidaria apenas de destinar fins para os bens que já compõem tal domínio”⁶⁰¹. Tal questionamento demonstra a importância da afetação para o exame do regime jurídico aplicável, tendo em vista a distinção entre os regimes pertinentes ao domínio público e ao domínio privado.

O autor aborda tanto a questão dos limites do domínio público, mencionando entendimento segundo o qual a afetação define os limites para que um bem de domínio privado passe a ser considerado como de domínio público, quanto a discussão sobre a “possibilidade de um bem, integrante do domínio privado de pessoas de direito privado, passar a integrar o rol de bens públicos por ter sido afetado a um uso público”, ou, em outras palavras e sobre a forma de questionamento:

Pode um bem não integrante do domínio público (porque objeto de propriedade de pessoas de direito privado) vir a ser afetado e, por isto,

⁵⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1150.

⁵⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1150.

⁶⁰⁰ No mesmo sentido é o pensamento de Medauar, também reconhecendo a possibilidade de a afetação ocorrer de forma explícita, como a decorrente de lei, ato administrativo ou registro, ou implicitamente “quando o poder público passa a utilizar um bem para certa finalidade sem manifestação formal, pois é uma conduta que mostra o uso do bem” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285).

⁶⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

passar a se submeter a um regime próprio dos bens públicos sem que ele tenha sido previamente objeto de uma transação dominial (alienação)?⁶⁰²

Quanto ao limites do domínio público, aduz Marques Neto que um bem continua sendo de domínio público mesmo que não tenha tal destinação, com a observação de que, “mesmo os bens dominicais, desprovidos de destinação a um fim de uso comum ou de uso especial, não deixam de ter (ou de dever ter) uma destinação específica de interesse público consistente na geração de receitas a serem utilizadas nas finalidades públicas”⁶⁰³.

Tal pensamento já era defendido por Di Pietro, ao comentar o parágrafo único do artigo 99 do Código Civil. Vejamos:

A redação do dispositivo permite concluir que, nesse caso, a destinação do bem é irrelevante, pois, qualquer se seja ela, o bem se inclui como dominical só pelo fato de pertencer a pessoa jurídica de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação^{604 605}.

Em relação à discussão pertinente à afetação de bens do domínio privado, Marques Neto expõe que, “numa perspectiva funcionalista”, o fenômeno da afetação provoca a aplicação do regime jurídico pertinente aos bens públicos, sendo assim considerados para fins conceituais^{606 607}. Contudo, aduz que a transferência da propriedade depende do exame da situação concreta. Vejamos:

⁶⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 125.

⁶⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 125-126.

⁶⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 579.

⁶⁰⁵ Neste sentido, registra Abdalah Júnior que “a afetação (consagração ou destinação) é o ato ou o fato, manifestando a vontade do poder público competente, pelo qual um bem passa da categoria do domínio privado do Estado para a categoria do domínio público do Estado, ganhando destinação pública, seja de uso comum seja ao uso especial” (ABDALAH JUNIOR, Vilmar Lobo. **Bem público dominical**: terreno de marinha e seus acrescidos. Vitória: Gráfica e Editora, 2010, p. 39).

⁶⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 126.

⁶⁰⁷ Neste sentido, torna-se oportuna a definição de bens públicos exposta por Bandeira de Melo: “Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estado, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 932).

Há situações, contudo, em que esta afetação importará em restrição ao direito de propriedade do bem afetado, como ocorre nos casos de emprego do imóvel para exploração do potencial de geração hidrelétrica, o que poderá ensejar o instituto da desapropriação indireta. É, ainda, o que ocorre com a servidão administrativa, que envolve a afetação de um bem privado a uma finalidade de interesse público ou a um serviço público, o que faz com que seja instituído um direito real não sobre a integralidade do bem, mas sobre uma determinada parcela ou aplicação dele, somente fazendo advir a indenização naquilo que a servidão implicar em subtração parcial do direito de propriedade⁶⁰⁸.

Assim, conclui Marques Neto que a transferência ou não da propriedade do particular para o público dependerá do exame do esvaziamento ou não da propriedade provocado pela afetação, a partir do qual será avaliada a necessidade de pagamento do seu valor correspondente, com a ressalva de que, não ocorrendo, deverão ser aplicados ambos os regimes, privado inerente à propriedade, público quanto a destinação ou finalidade voltada para o interesse público⁶⁰⁹.

Não obstante o exposto, o mesmo autor registra as críticas a tal posicionamento, notadamente no que diz respeito ao déficit de legalidade e de incerteza jurídica proporcionado pela “concepção funcionalista”, já que rompe a indicação legal de bens públicos (art. 98, do CC), admite o tratamento de bens privados como públicos, desconsidera a possibilidade da coexistência de destinações público e privada sobre o mesmo bem e se torna incoerente ao conceber a destinação para a definição da qualidade dos bens privados, deixando de adotar o mesmo critério em relação aos bens públicos dominicais^{610 611}.

Ao comentar tal situação jurídica segundo uma visão civilista, afirma Rizzardo que os bens privados se tornam públicos pela afetação decorrente da destinação conferida pelas pessoas. Segundo o autor, “se todas as pessoas de uma região passam a usar um determinado local, o imóvel respectivo torna-se público”⁶¹². O autor, inclusive,

⁶⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 126.

⁶⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127.

⁶¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128.

⁶¹¹ Neste sentido, inclusive, Araújo defende a existência de um regime jurídico híbrido, “sofrendo certas derrogações parciais do direito privado pelo direito público, e por isso não se pode classificar tais bens (afetados) da mesma forma que os bens de particulares” (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1123).

⁶¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense,

esclarece tal transição:

Há, no começo, um simples fato - o uso de um bem pelas pessoas de um certo lugar. Não aparecem medidas coibitivas dos proprietários. A utilização pelos moradores, v. g., de um bairro, de modo constante e generalizado, faz a rua pública. Não se verifica a declaração de ato administrativo, ou da prática da municipalidade. O caminho, então, passa para a utilização pública. Aí aparece a afetação que se produz tacitamente. (...) Naturalmente, os bens passam ao domínio de todos por se tomarem utilizáveis por qualquer pessoa. A transferência ao domínio público é natural⁶¹³.

O exposto até o momento permite que sejam extraídas algumas conclusões relevantes para o objeto da pesquisa, direcionadas ao exame da possibilidade de afetação da propriedade privada pelo interesse público, mediante o exercício da posse qualificada pela função socioambiental, irreversível pela consolidação da situação fática, tendo como consequência a desapropriação judicial privada indireta.

A primeira é que a afetação deve ser considerada um fenômeno fático que ocorre em bens públicos ou privados, tendo relevantes conseqüências jurídicas, dentre as quais se destaca a desapropriação do imóvel privado por utilidade e necessidade pública, bem como por interesse social, admitidas constitucionalmente (art. 5º, XXIV). A afirmação é direcionada à hipótese de desapropriação indireta, admitida como decorrente da consagração do imóvel privado à destinação pública, quadro distinto da desapropriação direta, na qual a afetação é precedida do devido processo legal.

Tal fenômeno, contudo, não chega a consubstanciar, em si mesmo, um direito ou um instituto jurídico, conforme se extrai da doutrina exposta, devendo ser tratado como acontecimento fático que, diante de circunstâncias especiais, pode ensejar a estabilização das conseqüências jurídicas dele advindas. Assume, portanto, a natureza de um fato juridicamente relevante, do qual se extrai conseqüências jurídicas, inclusive, a criação do direito expropriatório.

2006, p. 189-190.

⁶¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 190.

Para a sua ocorrência, é necessária a realização da destinação material do imóvel, não sendo suficiente, no caso da desapropriação privada judicial indireta, advir de uma destinação formal, notadamente diante das peculiaridades da espécie de intervenção na propriedade. A desapropriação pública direta admite a destinação material ou formal, já que é precedida do regular processo expropriatório.

A destinação material exigida no caso da desapropriação judicial privada indireta, deve ser capaz de concretizar o interesse social e econômico relevante, tal como ocorre no exercício da posse qualificada pelo cumprimento da função socioambiental, responsável pela concretização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade ou à moradia, bem como do princípio da dignidade humana. Tal destinação somente poderá ser reconhecida judicialmente, ao menos quando admitir a responsabilização do Poder Público pelo pagamento da justa e prévia indenização do titular do direito de propriedade, hipótese que afasta a possibilidade de prévio acordo.

É o que ocorre nas hipóteses de desapropriações judiciais privadas previstas no Código Civil, que foram descritas neste tópico, nas quais se reconhece a afetação da propriedade privada em prol dos interesses legalmente estabelecidos, representativos do interesse social exigido pela Constituição Federal, com a ressalva de que não ensejam, salvo no caso previsto no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, a responsabilização do Poder Público.

O que define a afetação da propriedade privada no caso da desapropriação judicial privada indireta é a consolidação de uma situação fática que consubstancie o interesse social e econômico relevante, não sendo exigível, nesta hipótese, a existência de boa-fé objetiva. Por tal motivo, não são reconhecidas as hipóteses de *surrectio* ou *supressio*, ao menos nas circunstâncias ensejadoras da desapropriação privada, por serem relacionadas a comportamento pautado pelo referido elemento subjetivo.

Por fim, não se aplica à desapropriação judicial privada indireta a discussão relacionada à transferência da propriedade privada ao domínio público, pois a afetação, na referida hipótese, ocorre em prol da realização dos direitos

fundamentais dos particulares que provocaram a desapropriação, sendo decorrente da consolidação de uma situação fática considerada irreversível.

As conclusões expostas são relevantes para o exame do objeto de pesquisa desenvolvida nesta tese, por ser a afetação o fenômeno que corresponde à condição essencial para o reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta, e, conseqüentemente, da aplicação do regime jurídico inerente a tal espécie, notadamente no que diz respeito à possibilidade de responsabilização do Poder Público pelo pagamento da respectiva indenização.

A tipificação da afetação também é fundamental para aferir o momento a partir do qual ocorrerá a consolidação da situação fática, tornando-a irreversível, circunstância que repercute decisivamente na análise da proporcionalidade que, juntamente com a técnica da ponderação, permitirá aferir o acerto da medida expropriatória no caso concreto.

É que o conflito envolvendo a posse e a propriedade do imóvel privado, permeado pelos princípios (dignidade humana e da função social) e direitos fundamentais já mencionados nos capítulos anteriores (de posse, de e à propriedade e à e de Moradia), permite a adoção de soluções distintas, tais como a usucapião, a desapropriação privada direta (aquisição onerosa forçada), a reintegração de posse e a revidicação, inclusive, reforçados por argümentos materiais de reforço como os da boa-fé, abuso do direito, venire contra factum, supressio e surrectio.

Cada uma destas medidas causa, concomitantemente, restrição e otimização a direitos fundamentais colidentes, tal como ocorre com a medida de desapropriação judicial privada indireta, quadro que deve ser solucionado por meio da máxima da proporcionalidade, mais especificamente por meio dos subprincípios da adequação, necessidade - ambos responsáveis pela aferição das possibilidades fáticas voltadas para evitar sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais -, e proporcionalidade em sentido estrito - voltado para a aferição das possibilidades jurídicas, que irão estabelecer as exatas medidas da restrição e otimização decorrentes da aplicação da lei do balanceamento.

Dentre todas as medidas indicadas para a solução do conflito envolvendo a posse e a propriedade do imóvel privado, a única capaz de causar a menor restrição ao direito fundamental de propriedade em prol da máxima otimização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à (e de) moradia é a desapropriação judicial privada indireta, cuja condição essencial é justamente a afetação da propriedade privada ao interesse social, responsável pela concretização da dignidade humana, função socioambiental e mínimo existencial.

A afirmação pode ser justificada, em relação às possibilidades jurídicas, na equação que envolve os fatores essenciais à ponderação entre os princípios colidentes, definidos como a intensidade da interferência que cada medida proporciona, o peso em abstrato de cada princípio colidente e a confiabilidade das atribuições realizadas pelo julgador em relação aos fatores anteriores, observadas as circunstâncias do caso concreto.

Contudo, antes mesmo do exame do caso concreto, é possível defender, mesmo provisória, a afirmação de que a solução da desapropriação judicial privada indireta é a mais correta para casos difíceis, por ser a única capaz de, ao mesmo tempo, i) impedir a completa anulação de um dos princípios colidentes, já que assegura uma compensação equivalente ao núcleo essencial mínimo do direito fundamental de propriedade; ii) maximiza a concretude dos direitos fundamentais e dos princípios da dignidade humana, função social e mínimo existencial, inclusive por reconhecer a incapacidade de os respectivos titulares custearem qualquer pagamento; e, por fim, iii) por permitir, por meio da responsabilização do Poder Público pelo pagamento da citada indenização, a realização dos fundamentos e objetivos inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de erradicar a pobreza e a marginalização, promovendo o bem estar daqueles menos favorecidos, que não possuem condições mínimas de subsistência.

As referidas possibilidade fáticas e jurídicas, apuradas a partir da máxima da proporcionalidade, não são, em tese, observadas em relação à usucapião, à desapropriação privada direta (aquisição onerosa), à reintegração de posse ou, por fim, à reivindicatória, seja por suprimirem o direito fundamental mitigado em caso de

colisão (usucapião, reintegração e reivindicação), seja por não conseguir a mesma equação exposta em relação à desapropriação judicial privada indireta, especialmente no que diz respeito à máxima otimização (aquisição onerosa forçada, ou desapropriação judicial privada direta, custeada pelos titulares dos direitos fundamentais precedentes).

Não obstante o exposto em relação a todas as medidas que podem ser aplicáveis, em tese, no caso de colisão dos direitos de posse e propriedade do imóvel privado, é relevante ratificar que a aplicação da hipótese de desapropriação judicial privada indireta, depende do fenômeno da afetação do referido bem ao interesse social e econômico relevante, observadas as conclusões obtidas a partir da doutrina exposta no presente tópico, mitigando a importância de elementos considerados essenciais a outras medidas, como o tempo e a boa-fé.

3.2 A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA CAPAZ DE PROVOCAR A AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA AO INTERESSE SOCIAL

É reconhecida a utilização da teoria do fato consumado como “argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão somente porque o benefício delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegado o momento de decidir a causa”^{614 615}. Trata-se de uma teoria admitida pelos

⁶¹⁴ FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 18.

⁶¹⁵ Sobre a teoria do fato consumado, vide: FERNANDES, Robinson. **Controle de constitucionalidade e a teoria do fato consumado**. Jundiaí: Paco, 2015; TESSLE, Marga Inge Barth Tessle. **O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional, no direito estudantil**. Revista de doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região - EMAGIS. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao007/marga_tessler.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016. MACIEL, Marcela Viríssimo. **As consequências da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito ambiental**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33788-44145-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016. LIMA, Juraci Barbosa. As situações consolidadas. **Revista De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais. jan/jun 2006, n.º 6. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/PJES/Downloads/DeJure_06.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

Tribunais como sendo decorrente de decisões judiciais provisórias, cujos efeitos se protraem no tempo ao ponto de justificar a manutenção da situação fática, mesmo que reconhecido supervenientemente o equívoco do deferimento da tutela liminarmente.

O quadro formal que normalmente se revela após a aplicação do “fato consumado” é o de que o deferimento de medida liminar provisória, com amparo nos fundamentos de fato e de direito expostos em uma demanda judicial, não se sustenta quando do julgamento final da lide, de forma que a única solução lógica seria a revogação e a reversibilidade dos efeitos provocados pela liminar.

Todavia, o deferimento da medida provisória acaba sendo mantido por meio da decisão final, fundamentada, neste momento superveniente, em argumentos completamente distintos daqueles inicialmente utilizados para o seu deferimento, quais sejam: i) a superveniente consolidação da situação fática produzida pela ordem judicial provisória, decorrente do transcurso de razoável lapso temporal entre a liminar e o julgamento final; e ii) a constatação de que o desfazimento da situação poderá provocar um dano ainda maior do que aquele indicado pelas partes, especialmente no que diz respeito à segurança das relações jurídicas⁶¹⁶.

A mencionada teoria tem origem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, justamente nas situações em que restaram evidenciados os malefícios do desfazimento de efeitos de medidas liminares deferidas, mesmo diante da constatação de ausência de base legal para o acolhimento do pedido judicial e, conseqüentemente, de fundamento para a ratificação da liminar. Tal referência histórica foi descrita em artigo acadêmico que tratou do tema. Vejamos:

Conforme leciona a doutrina, a teoria do fato consumado se tornou conhecida a partir da década de 60, quando foi utilizada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal para manter algumas situações fáticas

⁶¹⁶ A situação jurídica que se constata, em regra, é que não há – e nem poderia haver, já que as situações fáticas se consolidam, na referida hipótese, pela demora dos julgamentos dos processos – prévia alegação ou discussão sobre a aplicação da teoria do fato consumado, ocorrida apenas na sentença, restando às partes impugnar e defender o entendimento na fase recursal subsequente, procedimento formal questionável sob a ótica democrática reinante, notadamente no que se refere às inovações processuais já em vigor, pertinentes ao “contraditório efetivo” - do qual, como já dito inicialmente, decorrem os deveres de consulta e de diálogo, bem como a proibição de “decisão-surpresa” –, e a “fundamentação” das decisões judiciais (artigos 9º, 10 e 489, CPC).

surgidas a partir de medidas liminares, que se consolidaram no tempo, mesmo que contrárias à jurisprudência dominante na Corte. Os mencionados julgados analisavam a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem de seus alunos nota cinco para aprovação em suas disciplinas, mesmo quando a legislação de regência (Lei de Diretrizes e Bases) estipulava que a nota quatro seria suficiente para a referida aprovação. O Supremo Tribunal Federal, após o exame de inúmeros casos, editou a Súmula nº 58, firmando o entendimento no sentido de que é válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento. Contudo, alguns estudantes tinham conseguido concluir as disciplinas ou o próprio curso por força de liminares pautadas em entendimento antagônico, razão pela qual a Corte, mesmo reconhecendo que estava julgando contra a sua própria jurisprudência (Súmula nº 58), confirmou as liminares por considerar que a situação fática já estava consolidada^{617 618}.

Como referência, foi utilizada a pesquisa jurisprudencial desenvolvida por Ferreira, na qual expõe que o STF admite a aplicação da teoria em caso de dúvida objetiva e, mesmo assim, em situações excepcionais, apesar de já ter o referido Tribunal decidido com amparo em argumentos distintos, tais como que o tempo se encarrega de confirmar ou não o acerto da liminar (RMS 14.017. 22.3.1965. RTJ 33, p. 280), e que, mesmo sem direito, seria desumano desfazer o que o tempo consolidou (STF. RE 56.480. RTJ 35, p.307)^{619 620}.

Além da jurisprudência sobre o assunto formada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vale citar ainda a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre a denominada teoria do fato consumado, descrita nas situações mais comuns examinadas pelo Tribunal. Neste sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça divulgou uma pesquisa, na qual afirma, preliminarmente, qual a sua compreensão sobre o assunto, oportunidade em que ratificou o pensamento favorável à aplicação da teoria “apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo”. Entretanto, afirmou que a teoria “visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando,

⁶¹⁷ FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para a tipificação da afetação da propriedade urbana. In: DUQUE, Bruna Lyra et al (Org.). **Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognorama, 2013, p. 401-424.

⁶¹⁸ Nesse sentido: FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2002, p.19-20.

⁶¹⁹ FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.19-20.

⁶²⁰ Consta do artigo que também trata do tema as seguintes referências de julgados: AI 797363 AgR/PE e REsp 1130985/PR (FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para a tipificação da afetação da propriedade urbana. In.: DUQUE, Bruna Lyra et al (Org.). **Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognorama, 2013, p. 407).

contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento judicial de natureza precária”⁶²¹.

A aplicação da denominada teoria do fato consumado, contudo, não ocorre apenas a partir das consequências fáticas advindas de decisões liminares, podendo ainda ser invocada para a manutenção de outras situações fáticas não provocadas por decisões judiciais ou pelo retardamento do julgamento de demandas.

Nas referidas hipóteses, os argumentos invocados não buscam rechaçar o regime jurídico inerente à provisoriedade das decisões liminares, mas sim, afastar a aplicação de regras materiais incidentes sobre uma situação fática anterior a qualquer demanda, que consubstancie um conflito de interesses, também sob os argumentos de que houve a superveniente consolidação de tais fatos provocada pelo tempo e por relevantes circunstâncias sociais, econômicas e ambientais, e que o desfazimento da situação poderá provocar um dano ainda maior do que aquele que eventualmente pode ser invocado⁶²².

A invocação da teoria do fato consumado na situação descrita, contudo, enfrenta os mesmos questionamentos expostos em relação à consolidação fática decorrente de liminares, pois também exige uma argumentação contrária ao texto de lei e à jurisprudência, que deve ser suficiente para sustentar, no caso concreto, a aplicação de um ou mais princípios.

É o que ocorre, por exemplo, em um conflito entre posse e propriedade, envolvendo interesses privados, em que ocorrer a discussão sobre a inviabilidade econômica ou social de desfazimento da situação fática provocada por uma invasão em propriedade urbana não utilizada, na qual restar identificada a moradia dos possuidores ou a realização, pelos mesmos, de obras ou investimentos de caráter produtivo, representativos de interesse social e econômico relevante. No referido quadro, haverá a tensão entre a posse qualificada pelo cumprimento de uma função

⁶²¹ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100696251/teoria-do-fato-consumado-o-decurso-do-tempo-sob-o-olhar-do-stj>>. Acesso: 24 dez. 2016.

⁶²² FREITAS, Rodrigo. A aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para a tipificação da afetação da propriedade privada urbana. In: DUQUE, Bruna Lyra et al (Org.). **Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognorama, 2013, p. 401-524.

socioambiental e a propriedade não funcional.

A situação descrita se assemelha à que ocorre no caso da desapropriação indireta, que será tratada adiante, em que o imóvel privado sofre um esbulho praticado ilicitamente pelo Poder Público^{623 624}, que passa a exercer a posse qualificada pelo interesse público. Referida posse acaba sendo prestigiada em caso de discussão judicial superveniente, notadamente em razão da consagração do bem ao mencionado interesse público, consolidando a situação fática que se torna irreversível em razão da afetação, mesmo que originária de um ilícito^{625 626}.

Trata-se, como visto, de um quadro semelhante ao exposto anteriormente, demonstrando não somente a tensão entre a posse e a propriedade – já que a desapropriação indireta é consolidada independentemente do cumprimento, pelo proprietário, da função socioambiental –, mas também forte restrição ao direito fundamental de propriedade.

Resguardadas as particularidades inerentes ao Poder Público, é possível notar que a situação relativa à desapropriação indireta apresenta circunstâncias que também podem ocorrer nas mencionadas relações privadas, ou seja, podem justificar a ocorrência da afetação da propriedade particular em razão da consolidação de uma situação fática, representativa de interesse social, seja tendo em vista o estabelecimento da moradia dos possuidores, seja em razão da realização de obras ou investimentos de caráter produtivo, tal como ocorre em casos atualmente positivados no ordenamento e que serão expostas adiante (desapropriação judicial privada, acessão inversa, etc.).

Algumas situações submetidas aos tribunais demonstram a aplicação da teoria do fato consumado nas referidas circunstâncias, embora nem todas afirmem, categoricamente, tal tipificação.

⁶²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 687-688.

⁶²⁴ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 643-644.

⁶²⁵ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 643-644.

⁶²⁶ BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 906.

É a situação constatada no caso da favela Pullman em São Paulo, julgado em 1994, relacionado com a invasão de lotes de terrenos urbanos, que acabou se tornando irreversível. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar um recurso de apelação interposto contra a sentença proferida nos autos de uma ação reivindicatória, movida pelo proprietário do loteamento contra as pessoas que ocuparam ilicitamente o local, decidiui que o pedido inicial era improcedente, pois ficou exposto no julgamento que os lotes projetados inicialmente pelo titular do loteamento haviam sido tragados por uma favela, razão pela qual não existiam mais, nem poderiam ser recuperados, quadro que fez desaparecer o direito de reivindicá-los, com a ressalva de que poderia o autor da reivindicatória pleitear indenização contra quem de direito⁶²⁷.

Constou do voto condutor do acórdão, proferido pelo Desembargador José Osório, que os lotes invadidos compõem uma favela já consolidada pelo tempo, tendo o Poder Público, inclusive, promovido a instalação de água, iluminação pública e luz domiciliar, revelando “uma vida urbana estável”⁶²⁸. Segundo o Relator, tendo a ação reivindicatória como objeto um imóvel certo e definido, o pedido nela realizado não poderia ser acolhido no caso, pois os lotes reivindicados – e o próprio loteamento – não passavam “de mera abstração jurídica”, tendo ocorrido substancial mudança da realidade em razão do surgimento da favela que, inclusive, já tinha vida própria, onde viviam “muitas centenas, ou milhares, de pessoas”⁶²⁹.

Explicou o Relator do acórdão, inclusive, que o loteamento em questão não chegou a ser completamente aperfeiçoado em razão da ocupação e formação da Favela Pullman, fenômeno que ensejava a perda da propriedade, por força dos artigos 589 c/c 77 e 78, do Código Civil de 1916⁶³⁰. Mesmo existindo o imóvel fisicamente, constou do julgamento que não havia mais o elemento fundamental ao direito de propriedade, pertinente à sua direção funcional, dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente, tal como ocorre em relação à desapropriação indireta promovida pela Administração Pública. Vejamos:

⁶²⁷ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶²⁸ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶²⁹ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶³⁰ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com Ações Possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe Ação Indenizatória. Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel⁶³¹.

A fundamentação exposta tornou o referido julgado paradigmático, por buscou no sistema uma solução jurídica em uma época em que ainda não havia a compreensão acerca dos princípios que existe na atualidade, muito menos as técnicas de cláusulas abertas ou conceitos vagos ou indeterminados, advindas com o surgimento do novo Código Civil de 2002.

O julgamento revisitou a essência do direito de propriedade descrita na norma então vigente, inclusive para sustentar que, no caso examinado, a exemplo do que ocorre na desapropriação indireta, ocorreu a perda dos poderes inerentes ao domínio, especialmente o *jus reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC/1916) que permitiria a “retomada física” do imóvel, situação justificada, tal como na desapropriação, no interesse social vertente, assim resumido:

O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. [...] É uma operação socialmente impossível. [...] E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível⁶³².

O julgador registrou que sua leitura do artigo 524, do Código Civil daquela ocasião, deveria ocorrer “à luz dos preceitos constitucionais vigentes”, não sendo concebido “um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela”, tendo a Constituição Federal estabelecido, concomitantemente o princípio da propriedade privada, que a mesma propriedade deveria se submeter ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; etc.), considerado não “apenas uma limitação a mais ao

⁶³¹ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶³² TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração”, mas também um princípio que atua no próprio conteúdo do direito, internamente⁶³³.

Constou da fundamentação, por fim, que, a exemplo do que ocorre em relação aos poderes inerentes ao domínio (art. 524, do CC - usar, fruir, dispor e reivindicar), “o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário”, quadro que exige do Judiciário avaliar e dirimir os aparentes conflitos internos, a fim de alcançar “a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos”, razão pela qual foi alcançada a conclusão de que o *jus reivindicandi* havia sido neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade, subsistindo apenas eventual pretensão indenizatória contra quem de direito⁶³⁴.

O julgamento em questão foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça em 21/06/2005, oportunidade em que concluiu o Tribunal que o direito de propriedade assegurado na legislação civil não era absoluto, “ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos”, surgindo no local uma favela que acabou sendo consolidada com o tempo, demonstrando uma nova realidade social e urbanística que deveria prevalecer no caso concreto^{635 636}.

⁶³³ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶³⁴ Pela importância do acórdão, o voto condutor encontra-se disponível em vários endereços eletrônicos: Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm>>. Acesso em: 17 set. 2016; Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/217899/mod_resource/content/1/APELA%C3%87%C3%83O%20C%C3%8DVVEL%20TJ-SP%20-%20RELATOR%20DESEMBARGADOR%20JOS%C3%89%20OS%C3%93RIO%20-%20FAVELA%20PULLMAN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016; Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190231594/apelacao-apl-3273211620098260100-sp-0327321-1620098260100/inteiro-teor-190231604>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶³⁵ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶³⁶ Apesar de todo o esforço argumentativo realizado pelos referidos Tribunais, voltado para justificar a interpretação conferida aos dispositivos que então vigoravam à luz da Constituição Federal, a solução exposta no julgamento em questão também aplicou a teoria do fato consumado, ao justificar que o caso concreto exigia aquela interpretação tendo em vista a consolidação de uma nova situação

Fundamentação semelhante foi utilizada também pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1144982/PR, ocorrido em 15/10/2009, oportunidade em que era examinada a incidência de tributo sobre um imóvel que havia sido objeto de invasão pelo movimento social “sem terra”. Tal como ocorrido no julgado anteriormente exposto, entendeu o Tribunal que a invasão provocou a perda do domínio e dos direitos inerentes à propriedade, impossibilitando a subsistência da exação tributária⁶³⁷.

Considerou o Tribunal Superior, na referida oportunidade, que deveria ser aplicado o princípio da proporcionalidade, na medida em que o mesmo ente que buscava o recebimento do tributo descumpriu o seu dever constitucional de garantir a propriedade do contribuinte, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição. Foi consignado no julgamento que havia ofensa aos “princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do *venire contra factum proprium*)”⁶³⁸.

Constou do citado acórdão que a “propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa”, poderes que não estavam configurados no caso concreto, tendo em vista a invasão do movimento “sem terra”, impossibilitando a configuração do fato gerador do tributo que estava sendo cobrado, que exigia o exercício pleno da propriedade, capaz de gerar renda ou proveito para o titular do domínio⁶³⁹.

Foi exposto, inclusive, que, apesar de considerar o cumprimento da função social da propriedade ocorre também pelo pagamento de tributos, não seria razoável, no caso,

fática nos imóveis reivindicados, que deveria ser prestigiada em razão dos valores sociais ali identificados.

⁶³⁷ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶³⁸ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶³⁹ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

exigir o cumprimento da sua função social, pois a invasão não permitida um efetivo exercício de domínio. Assim, por considerar que a “privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade, sem o devido êxito do processo de desapropriação”, tornava inexigível o pagamento do respectivo tributo, notadamente diante do “desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade”^{640 641}.

Como registrado inicialmente, apesar de não fazerem menção expressa à teoria do fato consumado, os julgados transcritos representam a sua concretude, inclusive, provocada por circunstâncias fáticas alheias à judicialização, pois: i) a consolidação da situação fática não ocorreu em razão do deferimento de medida liminar, muito menos, pela demora do processo, mas sim, por particularidades jurídicas, sociais e econômicas preexistentes ao processo, mesmo que também decorrentes do tempo; ii) a decisão ter sido amparado em fundamentação distinta daquela suscitada pelas partes para o acolhimento ou rejeição do pedido reivindicatório.

Por outro lado, o exame da doutrina e jurisprudência relacionada à mencionada teoria do fato consumado demonstra a possibilidade de a mesma representar o modo pelo qual ocorre a afetação da propriedade privada ao interesse social, mesmo que em hipóteses excepcionais, caracterizadas pelo fato do exercício de uma posse qualificada pela função socioambiental, capaz de concretizar os direitos fundamentais de posse, à moradia e à propriedade.

O que se denota dos fundamentos expostos em relação ao conflito entre posse e propriedade, é que a consolidação da situação fática ocorre justamente pela

⁶⁴⁰ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶⁴¹ Vale mencionar, ainda, os seguintes acordãos com julgamentos semelhantes: STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso em: 17 set. 2016; TJRS. Agravo de Instrumento Nº 598360402. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystyleesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=++#main_res_juris>. Acesso em: 17 set. 2016; e TJRS - Apelação Cível nº 597163518. Rel. Vencido: João Pedro Pires Freire. Rel. Acórdão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julg. 27.12.2000.

inconveniência de se promover o restabelecimento do *status quo* anterior, seja pelo risco de se provocar danos ainda maiores sob a ótica social, econômica e ambiental – decorrentes do desalojamento de possuidores e suas famílias, bem como da interrupção de atividades suficientes para o sustento das mesmas –, seja pela necessidade de realização do interesse social e do princípio da dignidade humana.

Referido quadro de consolidação da situação fática pode tipificar o fenômeno da afetação, compreendido como sendo a subordinação de um bem a uma destinação voltada para a satisfação das necessidades gerais da sociedade⁶⁴², especialmente quando o bem estiver sendo utilizado materialmente para a satisfação do interesse social, mesmo que desprovido de ato formal⁶⁴³, tal como ocorre e no caso da desapropriação indireta⁶⁴⁴.

Conforme expõe Marques Neto, “a afetação é uma decorrência do princípio da função”, razão pela qual incorpora o “bem ao cumprimento de uma função de interesse geral”, inclusive de forma tácita, apurada substancialmente⁶⁴⁵. Tal fenômeno “está diretamente relacionado à destinação, ou melhor, à função que se confere aos bens, razão pela qual seu espectro não se resume a uma espécie de bem público, muito menos apenas à sua classificação, podendo ter uma visão mais ampla, fundada no fato do exercício qualificado por sua função socialmente relevante, ou, conforme registrado por Marques, à ‘satisfação de necessidades coletivas e estatais’”⁶⁴⁶.

⁶⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

⁶⁴³ JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1.041.

⁶⁴⁴ "Suponha-se a abertura de uma via pública, cortando a propriedade privada. A afetação da via ao trânsito geral de pessoas conduz à sua configuração como um bem de uso comum do povo. Essa é uma questão fática, cuja consumação até pode ser impedida pelo proprietário privado (que se oponha à utilização de seu patrimônio), desde que o faça antes de se constituir uma situação consolidada. Perdida a posse do bem pelo particular e ingressando no uso geral do povo, a única solução será a justa indenização para o particular" (JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.1.041).

⁶⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 283-284.

⁶⁴⁶ FREITAS, Rodrigo. A aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para a tipificação da afetação da propriedade privada urbana. In: DUQUE, Bruna Lyra et al (Org.). **Constituição de 1988**: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013, p. 421.

É possível, portanto, considerar que a afetação da propriedade privada pelo interesse social consubstancia uma hipótese de consolidação da situação fática, na qual se promova uma destinação do bem qualificada pelo cumprimento da função socioambiental, irreversível sob o ponto de vista valorativo, tal como ocorre na desapropriação indireta, especialmente nos conflitos em que se examina ocupações ou invasões envolvendo apenas particulares.

3.3 A VISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A POSSE QUALIFICADA PELA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL, RESPONSÁVEL PELA CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS

Não obstante a abordagem já realizada no tópico anterior sobre a denominada teoria do fato consumado, deve ainda ser registrada a visão dos Tribunais sobre a posse qualificada pela função socioambiental, que pode ensejar a consolidação de situações fáticas. A referida visão será exposta por meio de julgados indicados pelo critério qualitativo, por representarem situações expressivas em relação à concretude de direitos fundamentais, podendo justificar a afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, e, conseqüentemente, a desapropriação judicial privada indireta.

Tendo em vista o propósito de se examinar uma hipótese de desapropriação indireta, decorrente da afetação provocada por situações fáticas consumadas como obras ou serviços de interesse social e econômico relevante, voltadas para a valorização do trabalho ou moradia, serão apresentados julgados que envolvem a referida temática, sem, contudo, restringir o rol de situações fáticas que podem justificar a solução de conflitos envolvendo a posse e a propriedade de imóveis privados.

A abordagem que será exposta objetiva contribuir, por meio da análise de casos concretos envolvendo a colisão de princípios, para a compreensão não apenas das condições necessárias para a tipificação da afetação da propriedade privada a uma destinação considerada judicial e concretamente relevante – reconhecida a partir da

teoria do fato consumado –, mas também das confiabilidades empírica e normativa, decorrentes do grau de conhecimento sobre decisões judiciais que examinam interferências no direito fundamental de propriedade, bem com da importância que é conferida, em abstrato, não somente a tal direito, mas também aos direitos fundamentais com ele colidentes.

Deve ser ressaltado, inicialmente, que o reconhecimento da consolidação da situação fática também decorre, ao menos para alguns julgados que tratam do assunto, da falta de uma atuação enfática do Poder Público, seja no tocante à fiscalização de ocupações irregulares especialmente na zona urbana, permitindo-se a formação desordenada de verdadeiros bairros normalmente periféricos, seja na implantação de uma política habitacional em prol da população de baixa renda, desprovida de condições mínimas para sua existência digna.

Neste tocante, inclusive, são expressivos os precedentes advindos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que destacam a “omissão do Poder Público e a adoção, por anos a fio, de políticas fundiárias equivocadas que permitiram a desordenada e caótica ocupação do solo do Distrito Federal”, quadro que permite a conclusão no sentido de que “a retirada pura e simples dos invasores e a demolição de construções que já se tornaram antigas, não será, portanto, a solução do problema, mesmo porque é, também, ao Poder Público o dever de propiciar moradia para os seus cidadãos”⁶⁴⁷.

Não obstante tal observação preliminar, é possível notar a diversidade de argumentos utilizados para a manutenção da situação fática relativa a ocupações ou edificações realizadas em imóveis particulares, valendo reiterar aqueles já narrados no tópico anterior, constantes dos julgamentos relativos à Apelação Cível 212.726-1-4/TJSP ⁶⁴⁸ e ao Recurso Especial nº 75.659/SP ⁶⁴⁹, que sustentam a manutenção fática de uma invasão de lotes urbanos consolidada pelo tempo, tendo em vista as circunstâncias de ter sido comprovado que i) ocorreu, em razão do abandono dos

⁶⁴⁷ TJDFT. Apelação Cível 1999.01.1.048580-6.

⁶⁴⁸ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁶⁴⁹ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel.Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>>. Acesso em: 17 set. 2016.

lotes pelo proprietário, um uso antissocial do bem, em descumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade; ii) o Poder Público promoveu a instalação de água, iluminação pública e luz domiciliar, tornando estável o quadro fático; iii) os terrenos reivindicados e o próprio loteamento não passam de mera abstração jurídica, tendo sido instaurada uma outra realidade urbana no local; iv) residem nos terrenos reivindicados mais de trinta famílias exercendo seus direitos civis com naturalidade, onde também ocorrem atividades comerciais; e que v) seria social e juridicamente impossível desalojar as referidas famílias do local, ao menos sem não provocar uma ofensa ético-social.

Os mesmos argumentos, conforme já mencionado, foram utilizados no julgamento do Recurso Especial nº 1144982/PR⁶⁵⁰, que concluiu pela impossibilidade de exação tributária sobre a propriedade de um imóvel que se encontrava exatamente nas condições retro mencionadas, notadamente diante: i) da constatação de houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da parte contribuinte, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição; ii) da ofensa aos princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do *venire contra factum proprium*); iii) do esvaziamento do conteúdo da propriedade pela invasão do movimento "sem terra" que, além de não ter sido obstada pelo ente público, demonstraria quadro equivalente à desapropriação.

Já no julgamento do Recurso Especial nº 235773/RJ, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que não deveria ser acolhido o pedido de reintegração de posse em uma área invadida, sob o fundamento de que, embora sejam muitos os precedentes daquela Corte contrários à tese de que a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Município, não constitui desapropriação indireta, ficou comprovado no caso concreto examinado que, concretizada a invasão, o Município acabou dando causa à consolidação da situação fática, pois apoiou a

⁶⁵⁰ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set.2016.

ocupação e tomou para si a responsabilidade de oferecer condições de infraestrutura de esgoto e luz para que a população assentada fosse atendida em suas necessidades ⁶⁵¹, circunstâncias suficientes para a distinção daquele julgamento em relação aos outros precedentes mencionados pela parte que desejava a reintegração.

Em um outro julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento Nº 598360402, decidiu a Corte manter uma invasão de um terreno considerado produtivo, após terem os julgadores enfrentado o dilema de decidir dentre duas alternativas: “1ª) - o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas; 2ª) a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo social) das 600 famílias dos sem-terra que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir”. Na referida decisão, consta do julgamento que, “havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo-se os direitos fundamentais, se a outra opção for esta”, posição recomendada não apenas pela doutrina utilizada, mas também pelo bom senso⁶⁵².

Em outro trecho do mesmo julgamento, houve a justificativa constitucional para tal posição, tendo sido narrado que, embora tenha a Constituição Federal garantido o direito de propriedade e possessório por meio do seu artigo 5º, caput e inc. XXII, também “condicionou seu exercício ao atendimento de uma garantia maior, qual seja, a de que este exercício do poder dominial em toda a sua amplitude fica limitado, ao atendimento de sua função social” ⁶⁵³. Foi exposto que a terra é a:

[...] mãe provedora de todos nós, já que a extração de nossa subsistência a ela se liga diretamente, deve atender não apenas ao sentido funcional direito, de ser produtiva, senão, também, a um sentido oblíquo, considerando o tempo e o lugar que os fatos se dão, de garantir o abrigo seguro, a casa, a moradia e o sustento do povo, que em exame mais

⁶⁵¹ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶⁵² AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 253.

⁶⁵³ AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 254.

teleológico, é seu verdadeiro senhor ⁶⁵⁴.

A conclusão foi manter a situação fática decorrente da ocupação, como “garantia a bens fundamentais com o mínimo social” – como de agasalho, casa e refúgio – e a “prevalência dos direitos fundamentais das seiscentas famílias acampadas, em detrimento do direito puramente patrimonial da parte proprietária do imóvel”⁶⁵⁵.

Especificamente em relação à realização de construção em área comum de condomínio, que se pretendia a demolição, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1037944/RJ, pela manutenção de acórdão no qual restou consignada a impossibilidade fática do desfazimento da obra feita de forma irregular, tendo em vista a aplicação do fato consumado e a ausência de resultado prático para o condomínio caso deferido o pleito reintegratório⁶⁵⁶.

Demonstra tal julgado, mesmo de forma implícita, a aplicação da máxima da proporcionalidade, já que não considerou adequada a medida restritiva ao direito fundamental de propriedade (demolição) por não trazer qualquer proveito ou otimização a direito fundamental que poderia ser invocado pelo condomínio⁶⁵⁷.

A teoria do fato consumado também foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4651/RJ, quando entendeu a Corte que deveria ser mantida uma liminar que havia permitido a continuidade de

⁶⁵⁴ AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 254.

⁶⁵⁵ Também foi exposto no julgado que, mesmo sendo a propriedade produtiva, haviam débitos fiscais perante a União, que, inclusive, provocaram a sua penhora (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 598360402. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶⁵⁶ STJ - AgRg no Ag 1037944 / RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves. 4. Turma, DJE09/11/2009. Disponível:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CONSTRU%C7%C3O+e+%C1REA+e+COMUM+e+REINTEGRA%C7%C3O&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 set. 2016.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6. Vide, ainda: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

uma construção de um Hotel no Rio de Janeiro, tendo em vista i) ter o município autorizado a realização da obra que se encontrava em sua fase final; ii) já terem sido consumados os danos alegados pelo Município, consistentes na projeção de sombra na praia e respectivo calçadão, áreas protegidas pela legislação específica; e iii) a necessidade de se impedir transtornos sociais decorrentes da paralisação da obra do hotel, consubstanciados no desemprego de milhares de pais de família e na insegurança que uma construção inacabada gera aos transeuntes e moradores da área⁶⁵⁸.

Já no julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Agravo nº 200501000718512, foi aplicada a teoria do fato consumado com base no princípio da praticidade (recorrente nos julgamentos de caso relativos à matrícula em curso superior por força de liminar), para permitir a continuidade da construção de uma penitenciária, tendo em vista i) o risco de se perder os recursos provenientes de um convênio celebrado com a União, em vias de ser cancelado em razão da paralisação da obra; e ii) a circunstância de estar a obra em vias de ser concluída, não havendo, portanto, resultado prático do julgamento⁶⁵⁹.

O referido recurso foi interposto pelo Município de Formiga, em Minas Gerais, contra a revogação de decisão que suspendeu a construção de uma penitenciária em seu território, permitindo, portanto, a continuidade da obras. O Tribunal manteve a decisão de primeira instância, sob o fundamento de que havia o risco de o convênio celebrado com a União ser cancelado em razão da paralisação da obra, ressaltando que já havia sido gasto, até então, o montante de um milhão, quinhentos e cinquenta mil, duzentos e noventa e cinco reais e sessenta centavos. Por tal motivo, considerou o Tribunal que, além da coerência lógica, deveria ser examinado o resultado prático do julgamento, pois, naquela altura dos acontecimentos, a obra provavelmente estaria concluída⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ STJ - AgRg na MC 4651 / RJ, Min. Rel. Paulo Medina. 2º Turma, DJ 15/09/2003 PG:00287 RDR VOL.:00027 PG:00383.

⁶⁵⁹ TRF/1 - AG 200501000718512. Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho (conv.). 5ª Turma. E-DJF1 24/09/2010, p 51.

⁶⁶⁰ TRF/1 - AG 200501000718512. Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho (conv.). 5ª Turma. E-DJF1 24/09/2010, p 51.

No mesmo sentido foi o julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos da AMS 199902010463462, cujo acórdão afirma que, “tendo em vista a efetivação das obras por força da liminar deferida em 1ª Instância, deve-se aplicar a teoria do fato consumado”, com a ressalva de que os danos ao patrimônio público, ao meio ambiente e outros decorrentes da obra deveriam ser reconstituídos pelo responsável⁶⁶¹.

Ao examinar o pedido formulado nos autos de ação civil pública, ajuizada com o propósito de impedir a construção de um posto de gasolina que estaria sendo edificado em faixa de proteção marginal de uma rodovia, entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de nº 9704394357, que deveria ser aplicada a teoria do fato consumado, sob fundamento de que o mesmo estava regularmente funcionando há mais de dois anos⁶⁶².

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também aplicou a teoria do fato consumado no julgamento da AC 200205000044786, para manter a construção realizada sem alvará em terreno de acréscimo de marinha, sob o fundamento de que i) ficou comprovado que o proprietário da obra tinha alvará de licença para construção; ii) havia sido formulado um pedido de acréscimo de área de terreno de marinha, antes do início da obra, sendo que a comunicação do seu indeferimento pela DPU só ocorreu após a sua conclusão; iii) o terreno em questão não caracterizava área de uso comum do povo^{663 664}.

Também merece registro o entendimento contrário à aplicação da teoria do fato consumado, manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22067/DF, de Relatoria do Ministro José Delgado, pela 1ª Turma, em 14/08/2007, em caso de construção realizada em

⁶⁶¹ TRF/2 - AMS 199902010463462. Rel. Des. Guilherme Calmon. 8ª Turma. DJU 16/03/2006, p. 253.

⁶⁶² TRF/4 - AG 9704394357. Rel. Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère. 3ª Turma. DJ 26/01/2000 p. 530.

⁶⁶³ TRF/5 - AC 200205000044786. Rel. Des. Paulo Gadelha. 3ª Turma. DJ 28/02/2005, p. 581.

⁶⁶⁴ Ainda como exemplos de fundamentos utilizados pelos Tribunais para a aplicação da teoria do fato consumado envolvendo a edificação de moradias ou realização de obras de caráter produtivo, vale mencionar, ainda, aqueles contidos nos seguintes acórdãos: TJRS - Apelação Cível Nº 70004489340. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Pedro Luiz Pozza. Julg. 13/05/2004; TJPR - AC 0174649-6. Rel. Des. Prestes Mattar. Julg. 07.03.2006; TJPR - AC 4131440. Pub. 20/11/2007; e TJRJ - AC nº 23571/02. 18ª Câmara Cível.

invasão de área pública, mesmo que com autorização inicial da Administração Pública.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1242746/MS, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, ocorrido pela 2ª Turma, em 18/10/2012, que não era possível a aplicação da teoria do fato consumado em tema de direito ambiental. A posição foi firmada em relação a um loteamento que, embora tenha obtido licenciamento ambiental, causava dano ao meio ambiente⁶⁶⁵.

A Ministra Relatora consignou em seu voto condutor do acórdão os principais fundamentos para negar a aplicação da teoria do fato consumado em questões ambientais, expondo que “o meio ambiente equilibrado – elemento essencial à dignidade da pessoa humana –, como ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida’ (art. 225, Constituição Federal/1988 e art. 2º, I, da Lei n. 6.938/1981), integra o rol dos direitos fundamentais e sua titularidade foi conferida a todos os viventes, bem como a todos os futuros integrantes da espécie”⁶⁶⁶.

Consignou, ainda, que se trata do “primeiro direito intergeracional explicitado na ordem constitucional pátria”, motivo pelo qual merece “uma proteção que refoge aos paradigmas ultrapassados das lides interindividuais”, já que “os atuais detentores do patrimônio natural são meros guardiães de uma riqueza que foi não por eles construída, mas que está a ser rapidamente destruída, ante a insensatez da exploração dos recursos ecológicos”⁶⁶⁷. Foi registrado que:

[...] conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988). Assim, em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado ⁶⁶⁸ ⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ STJ – REsp. nº 1242746/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª Turma, em 18/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100356610&dt_publicacao=29/10/2012>. Acesso em: 18 set. 2016.

⁶⁶⁶ STJ – REsp. nº 1242746/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª Turma, em 18/10/2012.

⁶⁶⁷ STJ – REsp. nº 1242746/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª Turma, em 18/10/2012.

⁶⁶⁸ STJ – REsp. nº 1242746/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª Turma, em 18/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100356610&dt_publicacao=29/10/2012>. Acesso em: 18 set 2016.

⁶⁶⁹ Neste mesmo sentido: Recurso Especial n. 650.728-SC. Rel. Min. Herman Benjamin; Recurso

A Ministra finaliza seu voto expondo, ainda, que o caso concreto examinado não se encontra dentro das chamadas áreas consolidadas em APPs, elencadas expressamente no atual Código Florestal (61-A a 65), já que se trata de “casas de veraneio”, bem como que a proibição das edificações em APPs não configura a desapropriação, já que “não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade”, tipificando sim mera limitação administrativa⁶⁷⁰.

Não obstante o entendimento exposto, também existe posição em sentido oposto, conforme se denota do julgamento ocorrido em outubro de 2013, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 0001389-57.2002.4.03.6102/SP (2002.61.02.001389-7/SP), sob a relatoria do Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, oportunidade em que foi negado o pedido de demolição de uma obra realizada em área de preservação ambiental⁶⁷¹.

Os argumentos que fundamentam o entendimento firmado no julgamento podem ser assim resumidos: i) embora existisse prova pericial no sentido a regeneração total das áreas objeto da demanda somente ocorreria com a demolição das construções, a mesma prova esclareceu que o dano causado pela construção poderia ser considerado de baixo impacto, por representar pequena área, com a ressalva de que não foram constatados processos erosivos nos locais; ii) a medida de demolição pura e simples da construção é desproporcional ao dano ambiental constatado e aos fins almejados pelo sistema de proteção ambiental; iii) não havia prova de que a construção suprimiu a vegetação das áreas dos ranchos de forma predatória, nem de poluição decorrente de degradação ambiental provocada pela ocupação, quadro que afastava o nexos causal entre a edificação e a supressão de vegetação nativa; iii) poderiam ser adotadas outras medidas distintas da demolição, que venham a preservar ao máximo o ambiente natural, de forma harmônica e equilibrada⁶⁷².

Especial n. 948.921-SP. Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma. Julg. 23.10.2007. DJe 11.11.2009; e Recurso Especial n. 1.362.456-MS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Julg. 20.6.2013, DJe 28.6.2013.

⁶⁷⁰ STJ – REsp. nº 1242746/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª Turma, em 18/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100356610&dt_publicacao=29/10/2012>. Acesso em: 18 set. 2016.

⁶⁷¹ TRF3 - AC nº 0001389-57.2002.4.03.6102/SP (2002.61.02.001389-7/SP). Rel. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN. Pub 29/10/2013.

⁶⁷² TRF3 - AC nº 0001389-57.2002.4.03.6102/SP (2002.61.02.001389-7/SP). Rel. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN. Pub 29/10/2013.

Por fim, devem ser expostos dois últimos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, nos quais a Corte manteve a situação fática consolidada para impedir o restabelecimento de uma situação possessória anterior, sob o fundamento de que deveriam ser aplicados tanto o princípio da proporcionalidade quanto a técnica da ponderação, para manter a moradia e dignidade de inúmeras famílias já instaladas em bairros existentes há anos.

O primeiro julgado ocorreu nos autos do pedido de Intervenção Federal Nº 92/MT, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado na Corte Especial em 05/08/2009, oportunidade em que entendeu o Tribunal Superior, ao examinar a omissão da Administração Pública quanto ao cumprimento de uma ordem judicial que determinava a desocupação de uma área urbana povoda, que “o princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de atos dos poderes constituídos, apto a vincular o legislador, o administrador e o juiz, notadamente em tema de intervenção federal, onde pretende-se a atuação da União na autonomia dos entes federativos”. Aplicando o referido princípio no caso concreto, considerou o Tribunal que não era possível a retirada forçada de mais mil famílias de um bairro inteiro, que já existe há mais de dez anos, tendo em vista a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade⁶⁷³.

O segundo julgado é ainda mais representativo da posse qualificada pela moradia e pela função socioambiental, como causa da aplicação da teoria do fato consumado, notadamente diante dos argumentos expostos pelo voto condutor do acórdão. No referido julgamento, foi analisado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do recurso de apelação interposto contra a sentença proferida nos autos de uma ação de reintegração de posse ajuizada em desfavor de invasores do movimento “sem terra”, oportunidade em que entendeu o Tribunal de Justiça que a consolidação de um bairro populoso na área objeto do litígio, inclusive com a instalação de equipamentos públicos, demonstrava a prevalência do interesse social e coletivo para justificar a adoção de medida proporcional, de reintegração das áreas possíveis e a manutenção daquelas

⁶⁷³ STJ - IF 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Corte Especial. Julg. 05/08/2009, DJe 04/02/2010.

ocupadas por terceiros, cabendo à parte prejudicada mover demanda ressarcitória contra o causador dos seus danos⁶⁷⁴.

Após analisar tal acórdão, a Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça lavrou e manteve o referido entendimento. Para sustentar referida posição jurídica, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, responsável pelo voto condutor do acórdão⁶⁷⁵, expôs as particularidades do caso concreto, suficientes para demonstrar um comportamento singular do Poder Público, justificado pelo número expressivo de pessoas que invadiram a propriedade já no ano de 2000, sendo que, mesmo tendo sido requerida a liminar reintegratória, a mesma não foi cumprida, dando ensejo à consolidação de inúmeras edificações e infraestrutura básica, razão pela qual acabou sendo impossibilitado o provimento final solicitado, ao menos nos moldes apresentados⁶⁷⁶.

Após resumir tais argumentos⁶⁷⁷, o Ministro Relator expôs que a solução do caso exigia a aplicação da proporcionalidade e da ponderação, tendo em vista o conflito

⁶⁷⁴ Consta do acórdão: “Demonstradas a posse anterior do autor e a invasão da área pelos réus, pessoas ligadas ao MST - Movimento do Sem Terras - é de se reconhecer o direito do autor e a procedência da ação de reintegração de reconhecer o direito do autor e a procedência da ação de reintegração de posse proposta, com expedição do respectivo mandado contra aqueles que efetivamente foram réus no processo. Demonstrada a impossibilidade de cumprimento efetivo da medida de reintegração de posse contra terceiros e nas áreas onde há a supremacia do interesse público e social sobre o interesse particular, porquanto tendo a ação transcorrido por mais de 09 anos, verificou-se que a área invadida se transformou em bairro populoso, inclusive com intervenção do Município que forneceu toda a Infra-estrutura, como rede de esgoto, iluminação pública, abertura e pavimentação de ruas, impõe-se a conversão da medida reintegratória em perdas e danos contra os réus, nos termos do artigo 627 do CPC” (Trecho extraído do inteiro teor do voto condutor do acórdão proferido no STJ (REsp 1302736/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016).

⁶⁷⁵ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁶⁷⁶ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁶⁷⁷ “Assim, em resumo: (i) a invasão da área ocorreu em outubro do ano 2000; (ii) a liminar de reintegração de posse requerida na petição da ação foi deferida em 29.11.2000, mas o mandado não foi cumprido, em virtude da negativa da Polícia Militar de acompanhar a diligência, conforme informado na sentença (e-fl. 1593); (iii) foram interpostos vários recursos, apresentadas contestações de alguns réus com informações sobre outras ações referentes à mesma área; informações de existência de Decreto Municipal de desapropriação em relação à área litigiosa, posteriormente cancelado; audiências de instrução, requerimento e realização de perícias da área objeto da ação; (iv) reconhecimento por sentença do direito à reintegração de posse, mas sem o respectivo mandado, dada a impossibilidade de cumprimento, em virtude da transformação da área invadida em bairro onde vivem centenas de famílias, devidamente atendidas pela Municipalidade, no que respeita à infraestrutura; (v) acórdão da apelação que reformou o dispositivo da decisão de piso, passando a

dos interesses de famílias que se instalaram na área invadida, com o incontestável apoio do Poder Público e do proprietário do imóvel esbulhado, não podendo o julgador ser indiferente ao fato de que já existem um bairro populoso onde famílias construíram suas vidas, “sob pena de cometer-se injustiça maior a pretexto de se fazer justiça”⁶⁷⁸. Disse ainda que entre o interesse exclusivo do particular e aquele representativo da dignidade humana e da função social, devem este prevalecer mediante a ponderação de valores, razão pela qual era rechaçada, naquele caso concreto, a solução prevista no ordenamento⁶⁷⁹.

Como visto, mesmo que em caráter excepcional, os julgados transcritos admitem explícita ou tacitamente a consolidação de situações fáticas envolvendo obras ou serviços de interesse social e econômico relevantes, expondo argumentos que poderão contribuir para a compreensão não apenas das condições necessárias para a tipificação da afetação da propriedade privada a uma destinação considerada judicial e concretamente relevante, mas também das confiabilidades empírica e normativa, decorrentes do grau de conhecimento sobre decisões judiciais que examinam interferências no direito fundamental de propriedade, bem com da importância que é conferida, em abstrato, não somente a tal direito, mas também aos direitos fundamentais com ele colidentes.

constar da decisão: imediata reintegração de posse nas áreas onde estão assentados cada um dos réus/Apelados (identificados quando do ajuizamento da ação) e somente do espaço físico da área ocupada por cada um deles; quanto à área ocupada por terceiros que não foram partes na ação, bem como nos espaços físicos comuns e que revelam o interesse social e público, praças, vias, ruas, avenidas e passeios, confirmou-se a sentença para reconhecer a impossibilidade da reintegração, aplicando-se a convolação em perdas e danos” (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016).

⁶⁷⁸ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁶⁷⁹ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

3.4 A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DECORRENTE DA AFETAÇÃO DA PROPRIEDADE E, CONSEQUENTEMENTE, DO FATO CONSUMADO

A desapropriação é considerada uma das hipóteses mais graves de intervenção do Poder Público na propriedade privada, já que, justificada no interesse público, tem o poder de impor a transferência da propriedade para o ente público, independentemente da manifestação de vontade ou mesmo da contrariedade do proprietário⁶⁸⁰.

Tal intervenção na propriedade privada é admitida por estar o direito de propriedade condicionado à conciliação com o interesse coletivo, “seja este expresso no respeito devido aos demais direitos outorgados ao indivíduo como célula da sociedade, seja expresso nas necessidades gerais do Estado como órgão de tutela do interesse público”⁶⁸¹.

É o que expõe Fagundes quando afirma que, além dos limites inerentes ao seu regime jurídico privado (direito de vizinhança, por exemplo), enfrenta o direito de propriedade as restrições impostas diretamente pela Constituição Federal, como ocorre com a desapropriação deflagrada pelo Estado, fundamentada na prevalência do interesse público sobre o individual⁶⁸².

Neste sentido, afirma Vasconcelos que a “Administração Pública dispõe de múltiplas faculdades que lhe permitem interferir nos bens e serviços dos particulares, promovendo servidões, requisições, tombamentos, desapropriações e impondo limitações administrativas”, expondo, entretanto, que a desapropriação expõe de “forma mais saliente a sua soberania interna, transferindo compulsoriamente para

⁶⁸⁰ Neste sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 500; FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 17; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253.

⁶⁸¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 13.

⁶⁸² FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 13.

seu acervo os bens necessários ao bom funcionamento dos serviços públicos e demais atividades estatais, sempre que existam razões de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social”⁶⁸³.

A gravidade da referida intervenção na propriedade privada é de certa maneira amenizada pela disciplina constitucional, que exige a prévia declaração de necessidade ou utilidade públicas, bem como do interesse social, representativos do interesse público que tanto fundamenta a ação estatal, quanto ampara o controle dos seus aspectos formais. Referida disciplina constitucional também assegura a garantia da justa e prévia indenização em dinheiro, que deve instruir qualquer pedido de posse imediata (art. 5º, XXIV).

Mesmo não havendo a justificação explícita amparada em valores ou na dignidade humana, existe o reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o particular, que, como uma tradicional fórmula que é subjacente ao ato praticado pela Administração Pública, concretiza tais valores, mesmo que implicitamente, por meio das hipóteses que autorizam a sua aplicação, descritas como sendo de utilidade e necessidade públicas, ou interesse social.

É o que afirma Sobrinho⁶⁸⁴ ao expor que a ideia fundamental que justifica a desapropriação é justamente a observância das máximas de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, que o benefício do bem comum sempre se sobrepõe o direito particular, que o interesse individual termina onde começa o da sociedade e que a comunhão social depende do sacrifício do interesse privado.

Contudo, ainda mais severa do que tal hipótese de intervenção na propriedade privada, realizada dentro do padrão procedimental ditado pela Constituição Federal, é a conhecida desapropriação indireta, que não segue tal vinculação, invertendo a lógica procedimental, pois a Administração Pública, alegadamente no intuito de realizar algum interesse público, primeiro toma posse do imóvel privado para, em

⁶⁸³ VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Ebulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 408.

⁶⁸⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 5.

seguida, recorrer ao devido processo expropriatório⁶⁸⁵.

Mesmo dispondo das vias regulares para promover a desapropriação segundo os ditames constitucionais, “não raras vezes os bens dos particulares são desapossados pelo Poder Público sem observância do processo legal ou em desacordo com ele”⁶⁸⁶, situação que passou a ser conhecida como de desapropriação indireta, apossamento administrativo, desapropriação de fato ou extralegal^{687 688}.

É destacada a gravidade da referida espécie de desapropriação, considerada como sendo “o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia”, agindo a *manu militari*⁶⁸⁹, providência que causa reflexo patrimonial imediato para o titular do direito de propriedade, “empobrecendo-se este e enriquecendo-se o apossador, porque o conteúdo econômico do bem ocupado se esvazia”⁶⁹⁰.

Como efeito do apossamento praticado pelo Poder Público, é reconhecida a ocorrência da afetação do imóvel privado ao Domínio Público, ocasionando a redução substancial das faculdades inerentes à propriedade, causando ofensa aos princípios da garantia da propriedade e que veda o enriquecimento sem causa.

Diante de tal quadro, Bandeira de Mello conceitua a desapropriação indireta como

⁶⁸⁵ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Desapropriação e urbanismo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 14.

⁶⁸⁶ VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Esbulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James. BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 411.

⁶⁸⁷ VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Esbulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James. BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 411.

⁶⁸⁸ “Os expropriantes, muitas vezes, mesmo sem decreto de utilidade pública, imitem-se na posse de um imóvel para construir uma estrada, abrir uma rua, avenida etc”, apossando-se ilegalmente da propriedade privada, ato considerado ilícito, já que tipifica “verdadeiro esbulho possessório” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.303-304). Também destacando a configuração de esbulho administrativo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 871; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 177.

⁶⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 871.

⁶⁹⁰ CRETELA JÚNIOR, José. ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 157.

sendo “a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório”⁶⁹¹, definição que se assemelha à que é conferida por José Cretella Júnior, para quem a desapropriação indireta é

[...] o fato administrativo, mediante o qual, afetado um bem imóvel privado ao domínio público, o proprietário tem direito subjetivo público à indenização, oponível ao Estado, em decorrência do esvaziamento econômico do conteúdo do bem, indenização cujo valor deve ser equivalente ao fixado, caso tivesse ocorrido a desapropriação direta, conforme procedimento regular⁶⁹².

Cretella Júnior afirma que o conceito de desapropriação indireta possui como elementos essenciais, “o estado de fato do apossamento; a afetação do bem ao domínio público; a indenização, devida pelo Estado: o direito subjetivo à respectiva ação ordinária, que é de natureza real”⁶⁹³.

Tais elementos serão melhor explicitados adiante, valendo mencionar, ainda, a definição exposta por Franco Sobrinho, para quem a desapropriação indireta corresponde uma espécie de desapropriação de fato, esclarecendo, contudo, não haver um conceito consagrado e pacífico, sendo compreendida como uma categoria de cessão forçada e imposta da propriedade particular que surge do fato iminente representativo de “interesse coletivo, geral e público”, denominada de indireta, pois promovida sem o prévio processo legal, “suportada pelo particular que não a embargou na oportunidade”, obstando a sua consumação⁶⁹⁴.

Não obstante o quadro exposto, a referida situação fática e jurídica é constantemente utilizada pelo Poder Público e admitida seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, seja, por fim e de certa forma, pela legislação, notadamente diante de

⁶⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 908.

⁶⁹² CRETELA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 160.

⁶⁹³ CRETELA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 157.

⁶⁹⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 148.

três justificativas tradicionalmente expostas pelos autores que abordam o assunto.

A primeira é que a desapropriação indireta, nas palavras de Franco Sobrinho, “aparece virtualmente motivada por um interesse público irresistível”, nada restando ao Estado senão intervir na propriedade privada, como atitude excepcional, na qual são mitigadas as formalidades inerentes ao regime que trata a desapropriação direta^{695 696}. Neste sentido, explica o autor:

O fundamento jurídico da desapropriação indireta, ou do desapossamento administrativo, assenta no princípio que prescreve a indispensabilidade urgente de certos serviços públicos. Princípio esse, sem dúvida, decorrente da iminência da ação estatal, e que substitui a via de direito pela via de fato dentro de prerrogativas que justificam o poder de supremacia do Estado ⁶⁹⁷.

A segunda é que, apesar da explícita irregularidade formal - “porque contraria o princípio da prévia indenização e acaba ofendendo as normas legais relativas à desapropriação”⁶⁹⁸ -, não há qualquer dúvida quanto ao dever do Estado de responder por perdas e danos que englobe o valor total do bem expropriado, tal como expõe Cretella Júnior:

Em decorrência da impossibilidade do uso da propriedade, o Estado devera ressarcir o proprietário pelos prejuízos que lhe causou, pois este, impossibilitado de dispor de seu bem. Com a restrição total do uso, faz jus ao ressarcimento integral, recebendo, em dinheiro, como compensação, o equivalente ao valor do imóvel. [...] Ação ordinária de Indenização e não ação de reivindicação – é o *remedium juris* de que se vale o proprietário para exigir do Estado o ressarcimento pela ocupação indevida ⁶⁹⁹.

A terceira justificativa, que será melhor abordada mais adiante, pode ser sintetizada

⁶⁹⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 148.

⁶⁹⁶ Salles, todavia, expõe: “Infelizmente, a desapropriação indireta, que deveria ser expediente excepcionalmente utilizado pela Administração, nos casos de apossamento de bens particulares por equívoco do Poder Público com o consequente emprego em obra pública, vai se transformando em procedimento corriqueiro, diuturna e conscientemente empregado”. Conclui o autor: “Torna-se mais fácil invadir a propriedade particular para só depois de muitos anos indenizar” (SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 846).

⁶⁹⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 149.

⁶⁹⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 149.

⁶⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 157.

na seguinte justificativa: havendo a afetação do bem a uma destinação pública, sem desvio de motivação ou finalidade (ou seja, em prol do interesse público), não haveria óbice a que a Administração, mesmo que impedida preliminarmente a desapropriação indireta, renove o ato cumprindo todas as exigências formais, razão pela qual acaba sendo apenas mais dispendioso (e contra o interesse público) o seu desfazimento⁷⁰⁰.

Salles, todavia, expõe séria crítica relacionada à deturpação da desapropriação indireta que, mesmo sendo admitida excepcionalmente como um expediente da Administração “nos casos de apossamento de bens particulares por equívoco do Poder Público”, acaba “se transformando em procedimento corriqueiro, diuturna e conscientemente empregado”, objetivando propósitos ilícitos, já que, conforme registra o autor, “torna-se mais fácil invadir a propriedade particular para só depois de muitos anos indenizar”⁷⁰¹.

A crítica é exposta por Salles ao afirmar que “a sanha de construir obras públicas com propósitos eleitoreiros tem levado muitas vezes administradores inescrupulosos a lançar mão dos bens particulares sem o devido processo legal, deixando o encargo do pagamento das indenizações para governos futuros”. Registra o autor que se trata de um expediente lamentável, empregado mediante ofensa à garantia constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro⁷⁰².

Quanto à natureza jurídica da desapropriação indireta, apesar do seu enquadramento preliminar dentre as espécies de desapropriação e, conseqüentemente, hipótese de intervenção do Poder Público na propriedade privada, existe divergência doutrinária quanto a tal conclusão, com maior inclinação para a sua admissão como uma hipótese de ilícito ou de esbulho, cuja conseqüência seria denominado apossamento administrativo.

A expressão é costumeiramente tida como sinônima da desapropriação indireta, mas

⁷⁰⁰ Neste sentido: FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 468-469.

⁷⁰¹ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 847.

⁷⁰² SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 847.

que também é admitida para diferenciar a expropriação forçada da propriedade (que seria hipótese de desapropriação indireta) da expropriação forçada apenas da posse (que se enquadraria como de apossamento administrativo).

Nogueira expõe o entendimento jurisprudencial no sentido de que desapropriação indireta seria um mero ato ilícito praticado pelo Poder Público, desprovido de legitimidade, razão pela qual jamais foi reconhecida como um instituto jurídico, mas apenas para designar uma fórmula compositiva de dano, através da intitulada “ação de desapropriação indireta”⁷⁰³, posição com a qual concorda Salles⁷⁰⁴ e Harada⁷⁰⁵.

Pelas mesmas razões, Araújo defende que a desapropriação indireta não chega a ser uma desapropriação, mas sim, em seu ver, hipótese de apossamento administrativo ou uma desapropriação às avessas, expressões também usadas por Figueiredo⁷⁰⁶ e Salles⁷⁰⁷, respectivamente, equiparada ao esbulho possessório^{708 709}. Neste sentido, ainda, são as palavras de Meirelles:

Não há, nem pode haver, desapropriação de fato, ou indireta. A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. E situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios⁷¹⁰.

Carvalho filho discorda de tal posição, lecionando que há diferença entre a

⁷⁰³ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Desapropriação e urbanismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 415.

⁷⁰⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 846.

⁷⁰⁵ O autor também afirma que a “chamada desapropriação indireta não chega a ser um instituto de direito por ser um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação” (HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 291).

⁷⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 324.

⁷⁰⁷ Defende o autor que a desapropriação indireta não deve ser considerada um “instituto no sentido exato da palavra”, devendo ser tratada como um “ato ilícito cometido pelos prepostos da Administração”, uma expropriação às avessas também denominada apossamento administrativo (SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 846).

⁷⁰⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1099.

⁷⁰⁹ Considerando a desapropriação indireta hipótese de apossamento administrativo: GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 626; CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. **A desapropriação por utilidade pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 499.

⁷¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574.

desapropriação indireta e o apossamento administrativo. Na visão do autor, o apossamento é um fato administrativo de tomada da posse de um bem, enquanto a desapropriação indireta é a ação estatal que atinge o direito de propriedade, transferindo-a, por meio da ocupação, para o domínio público⁷¹¹.

Carvalho Filho, contudo, esclarece que o apossamento administrativo enseja praticamente as mesmas consequências da desapropriação indireta, notadamente seu caráter de definitividade, “já que o Poder Público, ao assumir a posse, deverá utilizar o bem objeto do apossamento com permanência, isto é, a atividade administrativa exercida sobre o bem, necessariamente inspirada por fim de interesse público, deve caracterizar-se como contínua e duradoura”⁷¹². Ou seja, para o autor, o apossamento administrativo também enseja a afetação do bem ao interesse público, de forma que atinge não apenas a posse, mas também a propriedade, mesmo que diversos sejam os titulares e direitos indenizatórios⁷¹³.

A posição do autor parece ser a mais correta em termos práticos. Seja objetivando a posse, seja o domínio, o fato é que a ocupação irregular do bem privado enseja, como regra, a sua destinação para algum propósito público, fenômeno aqui considerado como sendo de afetação, notadamente diante da estabilização que normalmente tal providência impõe quanto às consequências jurídicas.

Mesmo havendo situações especiais de ocupação ou requisição temporária de bens privados por parte do Poder Público, tais providências transparecem uma precariedade capaz de afastar a afetação do bem ao propósito público. O apossamento administrativo e a desapropriação indireta não demonstram tal precariedade *prima facie*, indicando apenas que se trata de uma irregularidade

⁷¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 883-884. Segundo o autor, “no apossamento administrativo a ação estatal investe mais diretamente contra o indivíduo que tem a posse sobre determinado bem, geralmente imóvel. Por esse motivo, somente se consuma o apossamento quando o possuidor não teve como evitar a turbação e o esbulho através dos mecanismos de proteção possessória” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 883-884).

⁷¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 883-884.

⁷¹³ Para o autor, poderá “ocorrer, embora mais raramente, apenas o apossamento sem a perda da propriedade”. Diz o autor que “o STJ já decidiu que o possuidor, mesmo sem titularidade do domínio, tem legitimidade ad causam para postular a indenização do seu patrimônio pelo apossamento administrativo ilícito”.

justificada no interesse público, capaz de provocar a afetação.

Difícilmente será possível aferir da ocupação irregular do imóvel – ou do seu esbulho possessório –, a distinção quanto ao propósito de tomada da posse ou de transferência do domínio, ficando tal definição para o exame da destinação conferida ao imóvel, ou seja, para a existência ou não da afetação do bem ao interesse público.

No que se refere à sua origem, prepondera o entendimento no sentido de que decorre do ajuizamento de ação possessória contra o esbulho praticado pelo Poder Público, tendo em vista a ausência de previsão legal quanto à deflagração do processo expropriatório por parte do titular do direito de propriedade. Diante da afetação da propriedade ao atendimento do interesse público, sedimentou-se a conclusão de que a inviabilidade da demanda possessória movida pelo titular justificaria a sua transformação em uma demanda ressarcitória, correspondente à ação de desapropriação direta.

Tal justificativa também é exposta por Salles, ao expor que “os juízes e tribunais, tendo em vista o fato de que tais bens já haviam sido utilizados em obras públicas, incorporando-se, portanto, ao patrimônio público, passaram a determinar a conversão das possessórias e reivindicatórias em ações indenizatórias”, denominadas posteriormente de ação de desapropriação indireta⁷¹⁴ ⁷¹⁵. Neste sentido, expõe Cretella Júnior:

A expressão desapropriação indireta foi criada pela jurisprudência pátria para caracterizar o estado de fato, decorrente de apossamento administrativo, no qual, por força da afetação do bem ao domínio público, só

⁷¹⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 847.

⁷¹⁵ Neste sentido, registra Câmara Filho: “A ideiação da desapropriação indireta foi de paternidade jurisprudencial, ao se defrontarem nossos tribunais com o fato, frequente entre nós por motivos diversos, da ocupação e mesmo tomada de posse de imóveis de propriedade de particulares pela Administração Pública, sem uma co-respectiva providência de expropriação amigável ou judicial, com a circunstância de já se ter processado a incorporação material do imóvel ao domínio público, surgindo, em seu lugar, o bem público de uso comum, ou mesmo de uso especial. Os proprietários, ao terem conhecimento do apossamento, ajuizavam ações possessórias ou a reivindicatória, mas esbarravam na cruel realidade do desaparecimento do bem particular já transformado em rua, praça, estrada, aeroporto, o que gerava óbice incontornável à reivindicação da posse e da propriedade. As ações foram sendo transformadas em pleitos indenizatórios” (CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. **A desapropriação por utilidade pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994).

resta ao proprietário a indenização que receberia, caso o imóvel tivesse sido desapropriado mediante o processo regular (desapropriação direta), sendo, neste caso, cabível a ação ordinária de indenização que substitui, no caso, a inadequada ação de reivindicação^{716 717}.

Por tal razão, expõe Vasconcelos que a “ação de desapropriação indireta nasceu mais como uma maneira justa e pragmática de solucionar litígios resultantes de apossamentos administrativos, visando conciliar o princípio inscrito no art. 5º, XXIV, da CF e o interesse público”⁷¹⁸. Segundo o autor, também foi levado em conta:

[...] a circunstância de que o desapropriado, em se tratando de desapropriação regular, ficaria em posição mais cômoda do que quem sofresse um esbulho administrativo, pois no primeiro caso o interessado recebe uma indenização justa e prévia, enquanto que no segundo o prejudicado teria que se submeter à *via crucis* das ações de ressarcimento por ato ilícito, o que, sem dúvida, redundaria em solução distanciada da razão e da justiça⁷¹⁹.

Segundo Vasconcelos, a Jurisprudência “deu asas à sua força criadora”, concebendo a ação de desapropriação indireta, com procedimento diferenciado “no qual se reúnem aspectos da ação de indenização e do processo expropriatório, notadamente na sua fase de liquidação, sendo seu termo final a transferência do domínio para o Poder Público, contra o pagamento de indenização fixada em sentença, a qual deve ser levada a registro na circunscrição imobiliária

⁷¹⁶ CRETELA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 157.

⁷¹⁷ José Cretella Júnior destaca que: “Dos três ângulos do direito – o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência –, a nosso ver este último aspecto se apresenta, como o mais relevante, impedindo a ocorrência do *summum ius, summa iniuria*, pois equivale ao trabalho do pretor de Roma, que mediante a equidade, temperava o rigor do direito estrito, diante do caso concreto. [...] O presente estudo está alicerçado em numerosos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, cujos ilustres cultores (Adhemar Maciel, Pádua Ribeiro, Ari Pargendler, César Asfor Rocha, Demócrito Reinado, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Gomes de Barras, José Delgado, José de Jesus filho, Milton Luiz Pereira, Peçanha Martins e Pedro Acioli), em magníficas, lapidares e definitivas colocações, verdadeiras sùmulas, analisaram a desapropriação indireta, sob todos os prismas, oferecendo, assim, à doutrina subsídio valioso para o delineamento do regime jurídico a que está submetido este instituto, sempre que o Poder Público é condenado a indenizar o proprietário do imóvel, cujo conteúdo econômico foi por ele totalmente esvaziado, em decorrência do apossamento administrativo” (CRETELA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In.: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 160).

⁷¹⁸ VASCONCELOS, Edson Aguiar. Esbulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 415-416.

⁷¹⁹ VASCONCELOS, Edson Aguiar. Esbulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 416.

competente”⁷²⁰.

Araújo também salienta a importância da “destinação pública” conferida ao bem pela Administração, capaz de tipificar a afetação do bem e ensejar a sua incorporação ao patrimônio público de forma irreversível, restando ao expropriado apenas o pedido de indenização ^{721 722 723}.

Após lecionar que a desapropriação indireta tipifica um ato ilícito da Administração, que omite tanto a declaração de utilidade, necessidade ou interesse social, quanto a regular indenização, ambos exigidos constitucionalmente, Moreira Neto registra que “o Estado se apossa da propriedade particular e a utiliza efetivamente no interesse público”, fazendo com que a “afetação decorrente íntegra, irreversivelmente, o bem esbulhado, ao domínio público”, restando ao “espoliado, pleitear a indenização que, por se tratar de ato ilícito, há de ser a mais ampla possível, contados os lucros cessantes desde o esbulho”^{724 725}. Desta forma, concretizada a afetação, a

⁷²⁰ VASCONCELOS, Edson Aguiar. Esbulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 416.

⁷²¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1100.

⁷²² Vale citar a posição de Salles, para quem a expropriação decorre do princípio da intangibilidade da obra pública: “A desapropriação indireta é, pois, decorrência da aplicação do princípio da intangibilidade da obra pública, cujo fundamento João Nunes Sento Sé, ilustre professor assistente na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, assim descreve: ‘O verdadeiro fundamento está na ideia de que a destruição da obra proviria de um formalismo oneroso, porquanto, após a sua demolição, a Administração poderia, expropriando, recomeçar a construí-la. É então mais sábio admitir a tese da desapropriação indireta’” (SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 847-848).

⁷²³ No mesmo sentido: “Na verdade, o particular pode opor-se a essa forma de ocupação administrativa, inclusive com emprego de desforço físico ou através do concurso de força policial. E que a ação do Poder Público é de uma ilegalidade manifesta, caracterizando-se o esbulho possessório. Pode, também, o proprietário prejudicado intentar ação possessória lançando mão, principalmente, do interdito proibitório e da manutenção de posse. Se a obra pública vier a ser executada antes do cumprimento da medida liminar eventualmente concedida, esta ficará prejudicada, como de resto a própria ação em face do *princípio da intangibilidade da obra pública*. Nessa hipótese, pela aplicação do princípio de economia processual, nada impede de a ação possessória ser convertida em ação de desapropriação indireta” (HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 291).

⁷²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992, p. 283.

⁷²⁵ “A desapropriação indireta é ato manifestamente ilícito, pois, como temos afirmado reiteradamente, se consubstancia pelo desapossamento do bem sem o devido processo legal de desapropriação. Não importa que tenha sido editada a competente declaração de utilidade pública ou de interesse social: se o desapossamento ocorreu sem o respectivo processo de desapropriação, o ato do Poder Público é ilícito. Essa ilicitude só não se verificará na hipótese de o proprietário do bem haver consentido em que o desapossamento ocorresse, sem acordo ou sem o correspondente processo judicial, visando, assim, colaborar com a Administração. Nem por isso, entretanto, perderá o direito a uma justa

desapropriação indireta torna-se irreversível.

Deve ser destacado que a desapropriação indireta também provoca questionamentos relacionados à sua constitucionalidade, tal como exposto por Carvalho Filho, para quem o instituto, além de desnecessário diante das prerrogativas da Administração Pública, é “desrespeitoso para com os proprietários” e incompatível com a Constituição, seja por não observar a declaração de interesse público, seja por não garantir a prévia indenização, limitando-se o Poder Público a “apropriar-se do bem e fato consumado!”⁷²⁶

Apesar das suas ressalvas, expõe o autor que o instituto é aceito pela doutrina, jurisprudência e legislação, “em situações excepcionalíssimas e de caráter irreversível, isto com o escopo de conciliar o interesse administrativo com a garantia constitucional do direito de propriedade”⁷²⁷, encontrando fundamento legal no artigo 35, do Decreto-lei n° 3.365/1941, cujo teor afirma que “os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Tal dispositivo, nas palavras de Justen Filho, tem sido interpretado “no sentido da concretização automática da transferência do domínio do bem para o Estado, mediante ato de força”, sendo, por tal motivo, “vedado ao particular pleitear a restituição da posse ou reivindicar o domínio do bem indevidamente ocupado pelo Estado”, tendo em vista a afetação material ou fática, suficiente para a incidência do regime jurídico de direito público⁷²⁸.

Referido entendimento também é compartilhado por Carvalho Filho, para quem o artigo 35, do Decreto-lei 3.365/41, “cuida da hipótese do denominado fato

indenização, ainda que *a posteriori*.” (SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 852).

⁷²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 872.

⁷²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 872.

⁷²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 990-991.

consumado”⁷²⁹. Diz o autor:

Havendo o fato incorporação do bem ao patrimônio público, mesmo se tiver sido nulo o processo de desapropriação, o proprietário não pode pretender o retorno do bem a seu patrimônio. Ora, se o fato ocorre mesmo que o processo seja nulo, pouca ou nenhuma diferença faz que não tenha havido processo. O que importa, nos dizeres da lei, é que tenha havido a incorporação. Embora não se revista de toda a legitimidade que seria de se esperar, em se considerando a figura do Poder Público, o certo é que o fato consumado em favor deste acarreta inviabilidade de reversão à situação anterior^{730 731}.

Mesmo não denominando de fato consumado, Di Pietro explica que, sendo a desapropriação indireta equiparada a um esbulho possessório, não sendo a mesma questionada judicialmente no tempo oportuno pelo proprietário ao ponto de ser efetivamente empregada uma destinação pública, ocorrerá a incorporação do imóvel ao patrimônio público, de forma semelhante à que está prevista no artigo 35, do Decreto-lei n° 3.365/41, afastando a possibilidade de restituição. A autora exemplifica:

Imagine-se hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos ⁷³².

⁷²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 873.

⁷³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 873.

⁷³¹ Diz o autor: “Suponha-se, como exemplo, que a União se aproprie de várias áreas e instale diretamente um aeroporto ou um abrigo para treinamento de militares. Concluídas essas realizações, os bens, certa ou erradamente, passaram à categoria de bens públicos, vale dizer, foram incorporados definitivamente ao patrimônio federal. Como reverter tal situação, levando em conta que esses bens se destinam ao exercício de uma atividade de interesse público?” Como ficou despojado de seu direito de reaver o bem desapropriado, ao ex-proprietário só resta agir da forma como a lei previu, ou seja, terá que se conformar com a substituição de seu direito de reivindicar a coisa pelo de postular indenização em face das perdas e danos causados pelo expropriante. [...] A perda da propriedade em decorrência da desapropriação indireta rende ensejo, obviamente, à ocorrência de alguns efeitos. Um deles é a cessação do vínculo tributário entre o ex-proprietário e o Poder Público. Desse modo, fica ele desobrigado do pagamento do IFTU a partir do momento em que se efetivou a expropriação. [...] Outro efeito reside em que a indenização deve corresponder ao valor real e atualizado do imóvel, ainda que este se tenha valorizado em virtude de obra pública, como, por exemplo, a abertura de rodovia ou a revitalização de área urbana. O fundamento está em que a desapropriação não observou o procedimento legítimo para suprimir o direito de propriedade. Por conseguinte, eventual supervalorização do imóvel pela expropriação há de ser compensada pela via tributária adequada – no caso, a contribuição de melhoria, sendo ilegítima a dedução de qualquer parcela indenizatória em virtude do benefício imobiliário” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 873).

⁷³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 177.

Di Pietro, contudo, esclarece a existência de dois momentos distintos pelos quais passa o processo de desapropriação indireta, um relacionado à ocorrência da afetação do imóvel, ou seja, a implementação da destinação pública, e outro com a efetiva transferência do bem para o patrimônio público, mediante o pagamento da indenização e o registro⁷³³.

Afirma a autora que “a simples afetação do bem particular a um fim público não constitui forma de transferência da propriedade”, expondo que, apesar da utilização por analogia do art. 35, do Decreto-lei nº 3.365/41 nas desapropriações indiretas, tal procedimento não é suficiente para a incorporação da propriedade para a Fazenda Pública⁷³⁴, razão pela qual expõe:

O que ocorre, com a desapropriação indireta, é, na realidade, a afetação, assim entendido "o fato ou a manifestação de vontade do poder público, em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade" (cf. Marienhoff, 1960:152-153); acrescenta-se que se trata de afetação ilícita, porque atinge bem pertencente a particular; lícita é apenas a afetação que alcança bens já integrados no patrimônio público, na qualidade de bens dominicais, para passá-los à categoria de uso comum do povo ou de uso especial⁷³⁵.

Fagundes leciona que o dispositivo legal retrata a incorporação definitiva das coisas expropriadas ao patrimônio público, mesmo que diante da superveniente tentativa de invalidação do ato administrativo expropriatório ou de reincorporação, restringindo, “profundamente, a proteção jurisdicional assegurada nos arts. 9º e 20 ao sujeito passivo da expropriação contra a ilegalidade do procedimento administrativo”, demonstrando que, mesmo inválido, o ato subsiste em seus efeitos diretos e práticos⁷³⁶.

Todavia, defende o autor a inaplicabilidade da restrição em caso de invalidação judicial do ato expropriatório “por falta de motivo ou desvio de finalidade, isto é, negada a utilidade pública, ou afirmado o seu emprego para a satisfação de interesses privados”, pois “a proibição do pedido de reivindicação assenta na possibilidade que teria a Administração Pública de baixar novo decreto expropriatório

⁷³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 178.

⁷³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 178.

⁷³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 178.

⁷³⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 467.

escoimado dos vícios que invalidaram o primeiro, frustrando-se assim, praticamente, o pedido de restituição da coisa ao proprietário”, quadro que não se verifica nas hipóteses de falta de motivos ou de desvio de finalidade, nos quais seria inconstitucional a restrição por ausência de interesse público⁷³⁷.

Tal argumento já foi sintetizado como uma das três justificativas para a tolerância da desapropriação indireta. Ou seja: não havendo ofensa à Constituição, como nos casos de vícios relacionados à incompetência ou defeito formal, afirma Fagundes ser possível a aplicação da restrição prevista no mencionado artigo, justamente diante da possibilidade de a Administração reeditar a declaração de utilidade pública sanando tais vícios⁷³⁸.

Idêntico pensamento é exposto por Cretella Júnior, seja no tocante ao exame de vícios formais, seja em relação aos motivos ou desvio de finalidade. Segundo o autor:

[...] a restrição do art. 35 é aplicável e perfeitamente amparada por nosso sistema constitucional no que se refere aos aspectos do agente, objeto e forma, porque tais defeitos podem ser corrigidos pelo poder público expropriante mediante edição de outro decreto expropriatório, isento de tais vícios, impossibilitando-se à parte legítima, que ajuizou a ação direta, a reivindicar o bem expropriado, em virtude do novo ato, substitutivo do primeiro⁷³⁹.

Ao examinar se a restrição do artigo art. 35, do Decreto-lei nº 3.365/41, incidirá sobre o motivo e o fim da desapropriação, afirma o autor que a referida lei veda o exame de mérito, ou seja, a existência ou não os casos de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social, permitindo “ao intérprete concluir que, fora do processo expropriatório, isto é, na ação direta, se decidam outras questões que não a impugnação do preço ou o vício do processo judicial, defeitos estes já versados e discutidos na contestação”, dentre os quais se “incluem os vícios do motivo e do fim, porque insanáveis e incompatíveis com o próprio fundamento do

⁷³⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 468.

⁷³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, ps. 468-469.

⁷³⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado da desapropriação: fase judicial da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 282.

instituto expropriatório”⁷⁴⁰.

Registra o autor, ainda, que “o processo judicial expropriatório é irreversível, consumando-se, ao terminar, a incorporação do bem expropriado ao patrimônio do Estado, caso em que o proprietário, mesmo com base em nulidade processual, não mais poderá reivindicar o bem, devendo conformar-se em propor ação direta de perdas e danos”⁷⁴¹.

Contudo, esclarece o autor que há impropriedade na lei ao mencionar a incorporação à Fazenda Pública, quando o correto, em seu ver, seria ao Estado ou ao Domínio Público, notadamente diante da possibilidade de o bem expropriado ser particular e se transformar, com a expropriação, em bem público de uso comum, classe que não integra o patrimônio da Fazenda Pública⁷⁴².

Cretella Júnior ratifica tal posição ao afirmar que, “consumada a desapropriação, os bens desapropriáveis são irreversíveis, irreindicáveis, irreincorporáveis”, tendo como consequência a impossibilidade de reincorporação ao patrimônio do antigo proprietário particular, mesmo que não venha a integrar o patrimônio público e que venha a ter apenas uma destinação pública⁷⁴³. Diz o autor:

Não ocorre o traslado do domínio ao Poder Público expropriante, sem o pagamento integral da justa indenização. [...] Inerente ao domínio a reparação devida, vivo este, ou seja, persistindo o domínio com o proprietário, enquanto não satisfeita aquela, no caso pela irresibilidade do imóvel ao patrimônio público, o direito de receber o valor devido permanece intangível salvo o decurso no prazo prescricional. [...] Imitado o Poder

⁷⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado da desapropriação**: fase judicial da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 282.

⁷⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado da desapropriação**: fase judicial da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 277. Diz o autor: Note-se, porém, que, a rigor, nem todos os bens se incorporam à Fazenda Pública, o que, na verdade, só acontece com os bens dominicais ou bens do patrimônio privado do Estado. [...] Imagine-se bem particular expropriado, transformando-se em bem público de uso comum (rua, praça, avenida, logradouro público, estrada) ou transformado em bem público de uso especial, afetado a serviço público, em pleno funcionamento. Poder-se-ia, nestas hipóteses, falar em 'incorporação' à Fazenda Pública? Uma rua é bem 'incorporado à Fazenda Pública'? Pode-se ver aqui mais uma impropriedade da lei expropriatória. Onde se lê 'Fazenda Pública', deve-se ler “Estado”, 'Domínio Público'. [...] Do contrário, findo o processo expropriatório, todos os bens 'não incorporados à Fazenda Pública', a saber, os bens de uso comum e os bens de uso especial, seriam suscetíveis de retorno ao patrimônio do particular.

⁷⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado da desapropriação**: fase judicial da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 278-279.

⁷⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado da desapropriação**: fase judicial da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 280.

Público na posse do imóvel, sem haver depositado o valor total do preço, ou seja, com depósito insuficiente, e afetado o bem do serviço público, impossível é a reintegração do expropriado, operando-se, no caso, verdadeira anomalia, pelo que o procedimento direto se tornou indireto, hipótese em que a execução da sentença haverá de observar o que determina o art. 730 do Código de Processo Civil⁷⁴⁴.

Entendimento distinto é exposto por Justen Filho, que considera ultrapassado o entendimento de a afetação material ou fática já seria suficiente para a transferência, especialmente a partir da Constituição de 1988, por ofensa aos princípios da legalidade e de proteção da propriedade privada. Vejamos:

Em face do princípio da legalidade, a atividade administrativa tem de respeitar os limites da lei. Apropriar-se de bem privado sem título é infringir a lei e configura atuação inválida e defeituosa: tal se aplica à Administração Pública e a qualquer particular. [...] Por outro lado, o art. 5.º, XXIV, da CF/1988, subordina a desapropriação à observância de um procedimento especial, garantindo-se, como regra, o pagamento prévio de justa indenização em dinheiro. Logo, nenhum bem privado se incorpora automaticamente ao patrimônio público sem observância da disciplina constitucional pertinente. [...] Em outras palavras, a afetação material ou fática se configurava como bastante para produzir a incidência do regime de direito público no passado. Depois de 1988, com a instituição de uma democracia republicana, tornou-se inadmissível essa solução⁷⁴⁵.

Conclui o autor aduzindo que, “se a Administração Pública pretender promover afetação puramente fática – ou seja, apropriar-se de bem alheio sem observância das regras jurídicas próprias –, estará incorrendo em atuação civil, administrativa e penalmente ilícita”, quadro que, em seu ver, justifica não apenas a restituição do bem, mas também a apuração de perdas e danos⁷⁴⁶.

Os argumentos apresentados quanto aos principais pontos necessários para a compreensão da desapropriação indireta, do respectivo regime jurídico e das principais divergências doutrinárias, fortalecem o entendimento no sentido de que a afetação da propriedade particular, provocada pela consolidação de situações fáticas (teoria do fato consumado), é a principal razão para a ocorrência da expropriação judicial do domínio, seja nos conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares –

⁷⁴⁴ CRETELA JÚNIOR, José. ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. In: **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 159-160.

⁷⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 990-991.

⁷⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 990-991.

em que ocorre a intervenção pública na propriedade privada –, seja naqueles nos quais existem apenas particulares envolvidos, em que há tensão entre possuidores e proprietários.

Não se sustenta que qualquer esbulho ou apossamento administrativo provoque a afetação da propriedade privada ao ponto de autorizar, judicialmente, a transferência forçada da propriedade, mas sim, que tais fatos podem fazer com que valores socioambientais sejam agregados à posse, qualificando-a internamente pela função socioambiental (*pro moradia e pro labore*), que é imposta seja pela Constituição Federal (art. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, e 225), seja pela legislação civil (art. 1.228, caput e §§ 1º, 4º e 5º, do Código Civil).

Tal fenômeno, contudo, depende da consolidação da situação fática, provocada por fatores apurados segundo as particularidades do caso concreto, tais como, a negligência do proprietário quanto ao cumprimento do dever fundamental de cumprimento da função socioambiental, a omissão, a condescendência ou o próprio incentivo por parte do Poder Público, o estabelecimento de moradia dos possuidores e suas famílias, ou a realização obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, tudo mediante a aplicação da técnica de ponderação entre os interesses e princípios em tese incidentes (*prima facie*).

Assim, a afetação da propriedade particular na referida hipótese está diretamente condicionada a elementos que identifiquem a destinação qualificada pelo interesse, segundo o exame e a manifestação judicial de que, no caso concreto, tal destinação consubstancia um interesse social, econômico e ambiental relevantes, bem como que o quadro se tornou irreversível pela consolidação da situação fática.

4 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA INSTITUÍDA EM PROL DA CONCRETUDE DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL

A possibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta, conforme desmonstrado nos capítulos anteriores, exige a compreensão da posse como um direito fundamental, bem como que o direito de propriedade coexiste com um direito fundamental à propriedade, especialmente diante da imposição constitucional de cumprimento da função socioambiental, cujos reflexos atingem não apenas o Poder Público – impondo a realização de políticas públicas voltadas para a garantia do mínimo existencial –, mas também as relações privadas, onde a tensão entre a posse e a propriedade pode ser definida pelo elemento constitutivo funcional de ambos os direitos.

Exige, ainda, a compreensão de que o direito à moradia, além de configurar um direito social, possui um vínculo intrínseco com o princípio da dignidade humana e com os objetivos elencados pela Constituição Federal da construção de uma sociedade justa e solidária, sem pobreza ou marginalização, que a qualifica para compor o núcleo mínimo de direitos essenciais à subsistência humana, consubstanciando um direito social fundamental, seja direcionada à aquisição de uma moradia minimamente digna (direito à moradia), seja de proteção da moradia já existente (de moradia).

Embora prepondere a coexistência harmônica dos referidos direitos fundamentais autônomos, é comum ocorrer conflito entre os memos em relação à uma mesma situação fática, hipótese em que haverá a colisão de direitos fundamentais cuja solução ensejará sacrifícios que poderão ser examinados a partir da aplicação da teoria dos princípios colidentes, com o manejo da máxima da proporcionalidade e da técnica na ponderação, compreendidos segundo o pensamento de Alexy.

A aplicação da citada teoria na solução do problema exposto nesta tese, contudo, ocorrerá mediante o reconhecimento do fenômeno da afetação da propriedade privada ao interesse social, decorrente da aplicação da teoria do fato consumado,

conforme se extrai de alguns julgados relevantes sobre o tema, tendo como consequência a tipificação de uma desapropriação judicial privada indireta, cujo regime jurídico utiliza, com as devidas adequações, os parâmetros da desapropriação indireta.

Vale ressaltar que o reconhecimento da desapropriação judicial privada indireta decorre da aplicação direta da Constituição Federal, a partir da regra exposta no artigo 5º, XXIV, que permite a intervenção da propriedade privada por interesse social, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro, com a ressalva de que, ao prever que a lei estabelecerá o respectivo procedimento, não exclui a Constituição a possibilidade da identificação do interesse social no caso concreto, extraído a partir da aplicação dos princípios e regras de direitos fundamentais constantes do próprio texto constitucional – que, no caso, ocorre a partir do exposto nos artigos 1º, incs. II e III, 3º, incs. I, III e IV, 5º, incs. XXII e XXIII, e 225, caput e § 1º.

Não obstante a aplicação direta da norma constitucional, é relevante expor neste capítulo as hipóteses de desapropriação judicial privada admitidas de forma explícita ou tácita pelo Código Civil, seja como exemplos de concretude das normas mencionadas, seja diante de algumas premissas já expostas no final do segundo capítulo deste trabalho, que serão ratificadas por meio da tese apresentada no próximo capítulo.

4.1 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA DECORRENTE DA REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE INTERESSE SOCIAL E ECONÔMICO RELEVANTE

Prevê o Código Civil uma hipótese de perda forçada da propriedade, que, após grande discussão acadêmica, passou a ser denominada de desapropriação judicial privada, que é considerada uma das hipóteses de desapropriação por interesse social, amparadas pelo artigo 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal.

A desapropriação judicial privada se encontra prevista no artigo 1.228, do Código Civil, que define o direito de propriedade por meio das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como do direito de reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha (*caput*). Referidas faculdades são consideradas elementos que constituem a estrutura do direito de propriedade.

Consta do mesmo artigo 1.228, 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 (§ 1º). Trata-se do elemento funcional que também constitui o direito de propriedade, tornando-o uma relação jurídica complexa⁷⁴⁷, notadamente por ratificar o comando constitucional que condiciona o exercício (e a garantia) ao cumprimento de uma função socioambiental (arts. 5º, incs. XXII e XXIII, 170, incs. II e III, e 225, da CF).

No referido contexto, o mesmo artigo 1.228, do Código Civil, logo após ratificar a possibilidade de desapropriação por utilidade e necessidade pública, e de interesse social, previstas na Constituição (§ 3º), dispõe sobre a hipótese de desapropriação judicial privada, afirmando 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 (§ 4º). Neste caso, diz o dispositivo 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 (§ 5º).

Assim, após prescrever que a propriedade corresponde na junção de poderes conferidos ao seu titular, que permitem a ampla faculdade de se fazer praticamente o que é possível com os seus bens, diz a norma que a tal poder também corresponde um dever de observar os fins humano, econômico, social e ambiental. Prevê, portanto, um poder-dever de usar, gozar, dispor e vindicar, desde que visando

⁷⁴⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

alcançar tais fins. Ainda no mesmo artigo, admite a intervenção na propriedade, nas hipóteses vinculadas à utilidade e necessidade pública, bem como de interesse social, prescrevendo, nesta última hipótese, que o interesse social pode se materializar nas relações puramente privadas, por meio do exercício de uma posse qualificada pela realização de obras e serviços considerados pelo juiz como relevantes.

Objetivando a confirmação das primeiras impressões quanto à natureza jurídica da referida hipótese de perda da propriedade, tornou-se comum na doutrina recorrer a justificativas apresentadas por Miguel Reale na exposição de motivos do Código Civil, que não só consignou que se trata de uma hipótese de desapropriação judicial, mas também salientou que a mesma objetiva prestigiar a função social da propriedade e da posse, mediante a valorização da “posse-trabalho” ou posse-moradia⁷⁴⁸. Vejamos:

Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho [...]. Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicanda receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição. Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo⁷⁴⁹.

Buscou a doutrina compartilhar o entendimento por meio de enunciado submetido e aprovado já na Primeira Jornada de Direito Civil, realizadas em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor atesta a constitucionalidade do instituto (82 - Art. 1.228: É constitucional a modalidade

⁷⁴⁸ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁷⁴⁹ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 set. 2016.

aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil)⁷⁵⁰.

Os argumentos utilizados para a aprovação do referido enunciado, esclarecem que tal constitucionalidade decorre justamente por se tratar de uma hipótese de desapropriação por interesse social, admitida pela Constituição Federal⁷⁵¹. Referidos argumentos foram resumidos em outro trabalho acadêmico⁷⁵², demonstrando, basicamente, a presença de elementos suficientes para a identificação da natureza jurídica expropriatória admitida constitucionalmente⁷⁵³.

Inicialmente foi consignado que o caso se distingue da usucapião, pois o seu aperfeiçoamento não exige posse com *animus domini*, sua sentença não é declaratória, não é exigida a inércia do proprietário e a transferência da propriedade depende do pagamento de uma justa indenização, que não é exigida na usucapião⁷⁵⁴.

Também foi exposto na justificativa do enunciado que a Constituição Federal excepciona a garantia de inviolabilidade do direito de propriedade, ao prescrever tanto a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, quanto à desapropriação-sanção, efetivada em virtude do inadimplemento da função social da propriedade⁷⁵⁵.

Expôs o relator do enunciado que o novo instituto é fundamentado em valores sociais apurado judicialmente no caso concreto, a partir da análise de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, quadro que comprova ser uma

⁷⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 25. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

⁷⁵¹ Argumentos apresentados pelo autor da proposta de enunciado, designado relator: BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

⁷⁵² FREITAS. Rodrigo Cardoso. **A função social e a desapropriação judicial**. Derecho y Cambio Social, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁷⁵³ Neste sentido: Nelson Godoy Bassil Dower, *in* **Curso Moderno de Direito Civil**. v. 4: coisas, 2. ed. São Paulo, Nepa, 2004, p. 146-147; e VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**. p.155 e 211.

⁷⁵⁴ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

⁷⁵⁵ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

hipótese de desapropriação por interesse social, constitucionalmente admitida. Inclusive, constou da justificativa do enunciado que o sentido das expressões necessidade, utilidade pública e interesse social não deve ser restritivo, ou melhor, não deve ficar vinculado “à viabilidade de serviços públicos”, sendo possível que as mesmas sejam interpretadas em favor da ordem ou da vida social⁷⁵⁶.

Por fim, a proposta ratificou o entendimento exposto por Reale⁷⁵⁷, defendendo a competência do Juiz para a decisão expropriatória, com a ressalva de que a transferência da propriedade não ocorre em favor do Poder Público, mas sim, para pessoas físicas. Para fundamentar tal competência, foi exposto que a Constituição Federal permite que a lei disponha sobre a desapropriação por interesse social, sem determinar exclusividade de competência do ente expropriante, com a observação de que a desapropriação privada não é feita pelos particulares, mas pelo Estado-juiz⁷⁵⁸.

Após a aprovação do enunciado, ocorreu grande debate na doutrina, com argumentos favoráveis e contrários à referida natureza jurídica e eficácia do instituto⁷⁵⁹, justificável, conforme expõe Barroso, por se tratar de uma inovação revolucionária, que só existe na legislação brasileira, demonstrando o poder conferido pelo legislador ao Poder Judiciário, notadamente por permitir um poder expropriatório que somente era deferido ao chefe do Poder Executivo, nas três esferas dos entes federados⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

⁷⁵⁷ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁷⁵⁸ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

⁷⁵⁹ Neste sentido, Schreiber critica o entusiasmo acadêmico sobre o que denomina de ornitorrinco jurídico, por considerar que o instituto terá pouca concretude, somente explicado pelo distanciamento do jurista da realidade. Na visão do autor, não há consenso em relação ao instituto, pois “já o chamaram de ‘usucapião onerosa’, de ‘desapropriação judicial’, de ‘expropriação privada’, de ‘nova espécie de acessão invertida’, de ‘direito potestativo à alienação compulsória’, de ‘simples contradireito processual’, entre outras tantas denominações” (SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 267-268).

⁷⁶⁰ BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 234 e 236.

As discussões mais relevantes sobre o tema permaneceram adstritas à tipificação da hipótese de desapropriação ou da usucapião, havendo quem defenda a existência de uma “natureza jurídica híbrida”, visto que assemelhado com a usucapião social (oneroso, todavia) e, simultaneamente, com a desapropriação indireta, diante da exigência estabelecida de pagamento de uma justa indenização ao proprietário, pressuposto para a transferência da propriedade para os possuidores⁷⁶¹.

Contudo, prevalece o entendimento favorável à tese exposta no enunciado nº 82, da Primeira Jornada de Direito Civil, tal como exposto por Arruda Alvim, ao afastar as comparações entre a desapropriação e a usucapião, especialmente a modalidade coletiva instituída pelo Estatuto da Cidade⁷⁶², por considerar que a técnica jurídica utilizada nos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, é a da desapropriação, notadamente diante da indenização pela aquisição forçada da propriedade, inexistente em qualquer hipótese de usucapião^{763 764}.

É possível perceber do texto de lei que a sua ocorrência depende de pressupostos peculiares, especialmente pela vagueza de alguns termos utilizados, que exigem a interpretação capaz de integrar a norma a partir das particularidades do caso concreto⁷⁶⁵, tais como “área extensa”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, além dos requisitos que podem ser considerados de menor abstração, como a judicialização, o pagamento e a posse que seja qualificada – *pro labore* ou *pro misero* –, ininterrupta e de boa-fé.

⁷⁶¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, §4º, do Código Civil: o controvertido instituto da “desapropriação judicial”. In: **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba: Juruá, n.1, p

⁷⁶² “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 usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural” (art. 10, *caput*, da Lei nº 10.257/01).

⁷⁶³ ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III, p. 396-397.

⁷⁶⁴ Cassettari, inclusive, critica quem defende que a hipótese pode configurar uma espécie de usucapião onerosa, “haja vista que desde o tempo de Labeão, um dos maiores doutrinadores no assunto do Direito Romano, até os dias de hoje, em nenhum momento se viu uma modalidade de usucapião indenizável” (CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 109).

⁷⁶⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 6.

Mazzei observa, inclusive, uma importante particularidade sobre a técnica utilizada pelo legislador em relação às disposições constantes do artigo 1.228, do Código Civil. Diz o autor que, ao dispor da função social da propriedade em seu § 1º, prescreveu uma cláusula geral “com abstração intencional, para que se consiga verificar se, no caso concreto, a norma será aplicada, utilizando-se como apoio, inclusive, conceitos e definições de legislações especiais”. Neste momento, contudo, não estabeleceu uma consequência jurídica previamente estipulada, que somente será apresentada a partir das peculiaridades do caso concreto. Já o § 4º, do mesmo dispositivo, “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”⁷⁶⁶.

Os pressupostos descritos na norma descritos como “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” (art. 1.228, § 4, CC)⁷⁶⁷, consubstanciam conceitos vagos⁷⁶⁸ que exigem do juiz um maior esforço argumentativo, pois deverá suprir lacunas e resolver o conflito com amparo em valores éticos^{769 770}.

Em outras palavras, deverá o Magistrado, a partir dos argumentos expostos pelos interessados e da realidade que o cerca, atribuir sentido, no caso concreto, ao que

⁷⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Código Civil de 2002 e o Judiciário**: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p. 34.

⁷⁶⁷ ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 410.

⁷⁶⁸ ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 410.

⁷⁶⁹ FREITAS. Rodrigo Cardoso. **A função social e a desapropriação judicial**. Derecho y Cambio Social, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁷⁷⁰ Neste sentido: “Enquanto o Código Civil de 1916 foi concebido como sistema fechado e para que os juristas não fizessem nada mais do que a exegese dos dispositivos legais lá consubstanciados, a linguagem do novo Código Civil foi elaborada para que a comunidade jurídica, ou os operadores do direito, na expressão de Miguel Reale, tenha um papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas, consubstanciando, pois, um sistema aberto” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 53).

considera extensa área, considerável número de pessoas e obras e serviços de interesse social e econômico relevante⁷⁷¹, tal como exemplifica Venosa, ao responder à indagação sobre “o que se pode entender por número razoável?” Diz o autor:

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. A lei fala 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”, nomenclatura 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^{772 773}.

Dos três conceitos vagos, ganha maior relevância o exame das obras e serviços considerado de interesse social e econômico relevante, pois, sendo reconhecida a natureza expropriatória do instituto, consubstancia a afetação da propriedade ao destino socialmente relevante, que concretiza os princípios da função socioambiental e da dignidade humana, que pode, inclusive, tornar irreversível o quadro pela consolidação da situação fática⁷⁷⁴.

Todavia, sua apuração acaba sendo vinculada à presença da extensa área e do considerável número de pessoas, tendo em vista a inevitável referibilidade entre os mesmos, ou seja, por ser necessário aferir o número considerável de pessoas a partir do tamanho da área, tal como o exame da extensa área acaba dependendo da quantidade de pessoas, sendo a relevância social e econômica das obras dependerá da quantidade de pessoas e do tamanho da área.

Além dos referidos pressupostos, também prescreve o § 4º, do artigo 1.228, do CC, a necessidade de existência de uma ação reivindicatória, na qual será formulado o

⁷⁷¹ Neste sentido: KOJRANSKI, Nelson. **Direitos Reais**. In: O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003, p. 1003.

⁷⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. v. 5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 155.

⁷⁷³ No mesmo sentido: BRITO, Rodrigo Toscano de. **“Desapropriação judicial” e usucapião coletivo**: uma análise comparativa. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 128-129.

⁷⁷⁴ É o que pode ocorrer, por exemplo, com a estabilização fática provocada pelo exercício da posse qualificada pelo trabalho ou pela moradia, capaz de garantir a segurança mínima quanto às expectativas de coexistência digna em comunidade.

pedido de desapropriação judicial pelos requeridos. A interpretação da exigência, todavia, não pode ser restritiva, pena de se negar concretude não somente ao princípio da função socioambiental – já que poderia o proprietário frustrar a realização do direito, deixando de mover a ação reivindicatória –, mas ainda ao direito fundamental de acesso à Justiça⁷⁷⁵.

Embora já tenha prevalecido no passado entendimento em sentido oposto⁷⁷⁶, descrito, inclusive, nos enunciados de n. 84⁷⁷⁷ e 302⁷⁷⁸, das Jornadas de Direito Civil⁷⁷⁹, prevalece atualmente o entendimento de que o direito à deflagração da desapropriação judicial privada não deve ficar restrita à arguição por meio de exceção, devendo também ser admitida por ação direta⁷⁸⁰.

Inclusive, sendo feita por meio de exceção, não há restrição à natureza da ação, podendo ser nos autos de uma ação possessória, por exemplo, tal como explica o Enunciado nº 310, das Jornadas de Direito Civil, que prega a interpretação extensiva da expressão “imóvel reivindicado”, constante da lei^{781 782}. Tal conclusão, todavia, já

⁷⁷⁵ Neste sentido: MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 92.

⁷⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 155.

⁷⁷⁷ Enunciado nº 84: 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.

⁷⁷⁸ Enunciado 302: A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório.

⁷⁷⁹ Neste sentido era o entendimento manifestado em outro trabalho acadêmico. Verbis: “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), 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 petítória 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. 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. Pelos mesmos fundamentos não é possível o deferimento da desapropriação de ofício” (FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. *Derecho y Cambio Social*, v. 33, p. 1-34, 2013).

⁷⁸⁰ Vale ressaltar que a hipótese de desapropriação privada somente pode ser reconhecida judicialmente, seja por ação, seja por exceção, afastando-se a via administrativa.

⁷⁸¹ 310 - Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitário quanto no possessório. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁷⁸² Neste sentido: CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones

foi questionado em outro trabalho acadêmico, no qual restou consignado que o entendimento merecia reflexão, tendo em vista o disposto nos artigos 1.210, parágrafo 2º, do Código Civil, e 923, do CPC, cuja interpretação tem sido no mesmo sentido exposto nos Enunciados de nºs 78 e 79, da primeira Jornada de Direito Civil⁷⁸³.

Conforme foi exposto naquela oportunidade, “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”⁷⁸⁴, com a ressalva de que, mesmo havendo atualmente entendimento favorável à possibilidade de a parte autora cumular os pedidos petitório e possessório na mesma ação, quadro que também permitiria a sustentação, no referido caso, da exceção de domínio na ação possessória cumulada⁷⁸⁵, o mesmo pensamento não vale para as ações cujo pedido autoral único tenha sido o de proteção possessório. Em outras palavras, a prerrogativa admitida de cumulação seria apenas em favor da parte autora, nunca da parte requerida⁷⁸⁶.

Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 109.

⁷⁸³ Enunciado 78: 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. Enunciado 79: 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. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso: 22-set-2016.

⁷⁸⁴ FREITAS, Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁷⁸⁵ Neste sentido, vide o enunciado 65, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: (art. 557) O art. 557 do projeto não obsta a cumulação pelo autor de ação reivindicatória e de ação possessória, se os fundamentos forem distintos. (Grupo: Procedimentos Especiais). Disponível em: <<http://portalprocessual.com/v-forum-permanente-de-processualistas-civis-2015/>>. Acesso: 22 set. 2016.

⁷⁸⁶ Em relação ao requisito examinado, existem outros enunciados importantes, tais como: Enunciado 305: 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. Enunciados 307: Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico. Enunciado 308: 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.

O deferimento da desapropriação judicial também da posse ininterrupta, assim considerada não apenas aquela definida como sendo o simples fato do exercício, pleno ou não, de um dos poderes do domínio (art. 1.196, do CC), também conhecida como posse simples ou *ad interdica*, mas sim, como aquela qualificada pela função socioambiental, notadamente diante das exigências impostas no mesmo artigo 1.228, especificamente nos parágrafos 1º e 4º.

Referidos dispositivos, interpretados conjuntamente, exigem que a posse suficiente para ensejar a desapropriação privada seja aquela representativa, de valores sociais, econômicos e ambientais, denominadas de posse pro moradia ou pro labore⁷⁸⁷, tal como orienta Reale ao afirmar que o prestígio da lei à posse decorre justamente da construção de moradia ou da realização dos investimentos de caráter produtivo ou cultural, não servindo, para tanto, a posse que identifique o simples poder de fato sobre uma coisa, mas tão somente aquela rica de valores⁷⁸⁸. No mesmo sentido, afirma 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 qualificada⁷⁸⁹.

Além da qualificação objetiva, exige a lei ainda a posse de boa-fé, pelo prazo mínimo de cinco anos, exigência que ensejou a interpretação de que tal elemento subjetivo seria apurado a partir do critério previsto no artigo 1.201, do Código Civil. Entretanto, exigindo tal dispositivo a demonstração da ignorância da existência de vícios ou obstáculos que impediriam a aquisição da coisa, foi firmado o entendimento exposto no enunciado 309, da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual “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”.

⁷⁸⁷ Neste Sentido: “Trata-se de inovação de elevado alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade e também no novo conceito de posse, qualificada como posse-trabalho” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. v. 5. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 245).

⁷⁸⁸ REALE, Miguel. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 52. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁷⁸⁹ ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 373.

Tal enunciado foi defendido por Mazzei, expondo as razões fundamentais para se adotar critério distinto daquele previsto no artigo 1.201, do Código Civil, para a apuração da boa-fé, até mesmo em razão da dificuldade que se teria para concretizar o instituto diante da realidade existente nas referidas situações, já que seria “raríssimo” o caso de desconhecimento de vícios ou obstáculos à aquisição da coisa⁷⁹⁰.

Cassettari expõe sua concordância com a conclusão, justificando a importância de utilização de outro critério para a aferição da boa-fé, qual seja, o cumprimento da função social. Expõe o autor que se trata de uma boa-fé objetiva, “caracterizada como uma regra de conduta do possuidor, baseada nos deveres anexos”, qual seja, o cumprimento da função social⁷⁹¹, posição com a qual concorda Figueira Júnior, justificada na harmonia que deve existir entre o Código Civil e a Constituição Federal, especialmente em relação à luz do referido elemento funcional⁷⁹².

Figueira, entretanto, faz uma ressalva relevante, exposto que a boa-fé deve ser interpretada de forma “histórica e extensiva”, conjugada com a noção de posse justa, como forma de não se incentivar novas “invasões de terras rurais e urbanas, em total subversão do direito constitucional de propriedade, o que não foi, com certeza, desejado pelo legislador”⁷⁹³.

O visível esforço doutrinário em busca de uma interpretação quanto aos pressupostos da desapropriação privada, capaz de conferir concretude à norma, a partir dos princípios constitucionais aplicáveis tanto à posse quanto à propriedade, especialmente o da função social, aferida objetivamente a partir do caso concreto.

Tal esforço, na verdade, desafia a tradição civilista desde o fortalecimento da teoria

⁷⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. **Justificativa de proposta de enunciado para a IV Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2006, p. 303.

⁷⁹¹ CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 112.

⁷⁹² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, §4º, do Código Civil: o controvertido instituto da “desapropriação judicial”. In: **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba: Juruá, n.1, p. 238-240.

⁷⁹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, §4º, do Código Civil: o controvertido instituto da “desapropriação judicial”. In: **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba: Juruá, n.1, p. 238-240.

da constitucionalização do direito civil, pois exige uma compreensão dos seus principais institutos a partir dos princípios constitucionais, notadamente em relação aos direitos que são utilizados como instrumento para a realização dos valores sociais expostos como fundamento e objetivos da República Federativa do Brasil.

É o que ocorre em relação à posse e à propriedade, indicados constitucionalmente como institutos enriquecidos e moldados pela função social, voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, inclusive, com a erradicação da pobreza e marginalização, em prol do bem de todos.

O mencionado esforço interpretativo também é visível em relação ao último pressuposto referido no parágrafo 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, pertinente ao pagamento de indenização correspondente ao valor do imóvel expropriado, requisito vinculado à garantia prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, de que a indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro, ressalvados os casos de desapropriação-sanção previstos na Constituição, que admitem o pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis nos prazos de dez a vinte anos (arts. 182, § 4º, inc. III, e 184, *caput*).

Schreiber critica tal pressuposto, sob o fundamento de que a nobre ambição do § 4º do art. 1.228, consistente “em dar alguma solução oficial aos conflitos decorrentes da pretensão de retomada de imóveis em que se instalaram comunidades carentes”, foi “fundamentalmente comprometida pelo contragolpe imposto pelo § 5º do mesmo artigo”, pois, em um “verdadeiro arroubo de conservadorismo, em autêntica recaída pela visão individualista do direito de propriedade, o legislador civil acrescenta à previsão revolucionária do § 4º um dever pecuniário irrealizável: o pagamento de um preço por possuidores que, ao menos nos casos mais relevantes socialmente, não dispõem, a toda evidência, dos recursos para tanto. O § 5º mutila, em poucas palavras, a esperança que o § 4º despertava”⁷⁹⁴.

Deve ser ressaltado, contudo, que, levando-se em consideração os pressupostos indicados no § 4º, do artigo 1.228, a nova hipótese de aquisição de propriedade

⁷⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

pode ocorrer tendo como beneficiários tanto possuidores com renda suficiente para arcarem com tal pagamento, quanto possuidores denominados de baixa renda, que não dispõem de recursos para tal finalidade⁷⁹⁵.

Shreiber, contudo, adverte que, sendo aplicado em prol de possuidores com recursos suficientes para o pagamento da indenização – que o autor exemplifica como o caso de “praça de lazer construída sobre imóvel privado contíguo a um condomínio de casas” –, não traria qualquer benefício pois acabaria conduzindo “a ação reivindicatória ao mesmíssimo resultado que as partes poderiam obter extrajudicialmente, com menor custo e maior celeridade: a aquisição do imóvel pelo seu justo valor”⁷⁹⁶.

Na referida hipótese, alega que o instituto funcionaria “não em favor dos possuidores, mas em favor do proprietário, o qual teria, em normais condições de mercado, extrema dificuldade em alienar ‘extensa área’ ocupada por ‘considerável número de pessoas’ que lá já realizaram ‘obras e serviços’ de relevante ‘interesse social’, pelo próprio risco (social, econômico e jurídico) envolvido em tais operações”⁷⁹⁷.

Como propostas para a solução do impasse, Shreiber propõe “vias hermenêuticas que permitem reduzir um pouco o estrago”, que estão sendo admitidas pela doutrina, quais sejam: i) a aplicação analógica do artigo 8º, §2º, do Estatuto da Cidade, que permite a fixação da indenização com amparo no valor venal do imóvel, reconhecidamente menor do que o valor de mercado, vedando a incidência de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios (posição que, segundo o autor, é de autoria de Maurício Mota e Marcos Alcino Torres); ii) fixação do valor da indenização com a redução dos valores das obras e serviços realizados, conforme regime da acessão (entendimento de Pablo Rentéa); iii) apuração do valor de mercado, levando-se em consideração a sua ocupação por considerável número de

⁷⁹⁵ Conforme expõe Barroso, o § 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, não faz distinção quanto à “faixa de renda das pessoas a que está dirigindo”, apesar de parecer evidente que deseja a realização da função social por uma utilização coletiva (BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: _____. (Org.). **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 218).

⁷⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

⁷⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

peças, quadro que justifica o deságio; iv) o parcelamento da indenização, mesmo que mediante a postergação da alteração do registro imobiliário; e v) a fixação do valor mediante títulos da dívida pública, mediante o mesmo critério estabelecido pelo artigo 182, § 4º, da Constituição Federal^{798 799}.

De qualquer maneira, o autor ratifica seu pensamento no sentido de ser o proprietário favorecido por qualquer das soluções aventadas, já que os possuidores teriam que arcar com a indenização, mesmo já tendo investimentos de relevante interesse social e econômico, servindo o pagamento de prêmio ao proprietário “por seu descaso com o imóvel ocupado ‘ininterruptamente’, por ‘mais de cinco anos’, por ‘considerável número de pessoas’”⁸⁰⁰. Diz o autor:

O Poder Judiciário converte-se em milagrosa imobiliária que oferece ao proprietário a garantia de alienação que o mercado, com todo o seu engenho, seria incapaz de lhe proporcionar. E quem paga a conta dessa solução fantasiosa é justamente a coletividade de pessoas que se empenhou em atribuir ao imóvel a utilidade social que a Constituição impunha sobre o proprietário⁸⁰¹.

Segundo o referido autor, nem mesmo a hipótese também admitida pela doutrina de transferir a responsabilidade pelo paramento para a Administração Pública resolve o alegado favorecimento do proprietário, “na medida em que segue assegurando compensação pecuniária ao proprietário que desatendeu, de modo prolongado e significativo, um dever que lhe foi imposto pela Constituição da República: dar função social”⁸⁰².

Tais argumentos são relevantes e ratificam o que já foi exposto quanto à dificuldade de compreensão do novo instituto inserido na legislação civil, mesmo que visivelmente conectado com a socialidade imposta pela Constituição Federal seja em relação ao possuidor, seja em relação ao proprietário.

⁷⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

⁷⁹⁹ Sobre esta última sugestão, afirma o autor: “Ora, se o proprietário que deixa o imóvel inutilizado se sujeita à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos, seria contraditório premiá-lo com um pagamento à vista na hipótese do art. 1.228, §§ 4º e 5º, a recair justamente sobre os possuidores que imprimiram ao solo a utilização social que a ordem constitucional exige. O parcelamento da indenização por longo período impõe-se aqui, com razão ainda maior que na hipótese do art. 182, § 4º, do texto constitucional” (SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 274).

⁸⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

⁸⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

⁸⁰² SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273.

A nova hipótese de desapropriação privada deve ser valorizada sob a perspectiva constitucional, pois trata, com a devida sensibilidade, da tensão que certos conflitos envolvendo a propriedade privada pode provocar em relação aos direitos fundamentais de liberdade, propriedade, posse, moradia e labor, demonstrando que as disposições constantes do artigo 1.228, do Código Civil, integram um regime constitucional moldado pela dignidade humana e função social, que exigem uma interpretação contextualizada e conforme tais valores.

De fato, o novo instituto possui um espectro que pode beneficiar tanto possuidores com renda média ou alta, quanto aqueles considerados de baixa renda, já que a imposição de cumprimento da função socioambiental é direcionado a todos que podem ser possuidores ou proprietários, sem qualquer distinção.

A Constituição Federal faz distinção apenas em relação às conseqüências do descumprimento da função social, mesmo assim, sendo explícita quando a relação conflituosa envolver e justificar a intervenção do Poder Público. É que a Constituição não expõe explicitamente quais as conseqüências do não cumprimento da função socioambiental nas relações puramente privadas, exceto em relação às hipóteses de usucapiões especiais rural e urbano, conforme se extrai dos artigos 5º, *caput*, incs. XXII e XXIII, 170, incs. II e III, 183, 191 e 225).

Todavia, a Constituição Federal é explícita quanto às sanções decorrentes do não cumprimento da função socioambiental quando se tratar de uma relação que permita a atuação do Poder Público, mesmo assim, nos moldes definidos a partir da norma contida em seus artigos 182, 184 e 186, regulamentados predominantemente pelos Estatutos da Cidade e da Terra (Leis de nºs. 10.257/01 e 4.504/64). O rigor constitucional relativo ao tema é visível na classificação que vem sendo adotada em relação às hipóteses de desapropriação previstas em seu texto, sendo consideradas espécies de “desapropriação-sanção”⁸⁰³ apenas aquelas descritas nos artigos 182, § 4º, inc. III, e 184, *caput*, por serem conseqüências diretas da ofensa praticada pelo proprietário em relação ao dever constitucional de cumprimento da função social,

⁸⁰³ FREITAS. Rodrigo Cardoso. **A função social e a desapropriação judicial**. Derecho y Cambio Social, v. 33, p. 1-34, 2013, p.21 e 27. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 668.

inclusive, afastando a discricionariedade da Administração Pública inerente à deflagração do processo expropriatório.

As demais hipóteses de desapropriação por utilidade e necessidade públicas, ou interesse social, não seguem tal compreensão, mesmo que venham a concretizar o princípio da função socioambiental, pois são desvinculadas da conduta praticada pelo proprietário, tendo conexão direta com os propósitos almejados com a respectiva implementação do processo expropriatório.

Tal observação é relevante para o assunto tratado neste momento por ser a garantia da justa e prévia indenização em dinheiro aplicável nas hipóteses em que a desapropriação não consubstancia uma sanção delineada a partir dos artigos 182, § 4º, III, e 184, da Constituição Federal. Nestas hipóteses, a indenização poderá ser realizada por meio da emissão de títulos das dívidas pública ou agrária, resgatáveis em dez ou vinte anos⁸⁰⁴.

Nas demais hipóteses de desapropriação que não são consideradas sanção, deve ser resguardada a justa e prévia indenização em dinheiro, mesmo que tal garantia sofra as mitigações que tem sido admitidas pela jurisprudência, como, por exemplo, ocorrer o pagamento por meio de precatório, especialmente na hipótese da desapropriação indireta, cuja particularidade é a ausência de qualquer depósito preliminar correspondente ao valor que o Poder Público considera correto⁸⁰⁵.

Os reflexos do pensamento exposto são visíveis na desapropriação privada prevista nos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228, seja quando beneficia possuidores com renda média ou alta, seja quanto favorece aqueles considerados de baixa renda, razão pela qual não prevalecem as críticas expostas em relação ao pressuposto relacionado ao pagamento da indenização devida ao titular do direito fundamental de propriedade.

Sendo postulada por possuidores com renda média ou alta, que tenham feito investimentos de caráter social e econômico relevantes, deve ser considerada a

⁸⁰⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 668.

⁸⁰⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 712

interferência que tal direito expropriatório ocasiona não apenas no direito fundamental de propriedade, mas ainda, no direito fundamental de liberdade e no princípio da autonomia da vontade, já que se trata de uma hipótese de venda forçada, vinculada apenas à configuração do interesse social e econômico relevante, apurado judicialmente.

Tal restrição aos referidos direitos fundamentais somente pode ser admitida caso tenha amparo na Constituição Federal, impondo a estrita observância das normas aplicáveis, especialmente quanto aos critérios de compensação pecuniária. Não havendo norma constitucional explícita, deve prevalecer o direito à compensação da mitigação dos direitos fundamentais de propriedade e liberdades, mediante o pagamento do valor correspondente ao núcleo essencial do direito ofendido.

Não obstante o exposto, algumas particularidades justificam a fixação da justa indenização com a redução dos valores relativos às obras e investimentos realizados pelos possuidores. A primeira diz respeito ao fato de não ser o imóvel expropriado, com suas acessões, transferido para o Poder Público – como ocorre com a desapropriação pública indireta –, com exceção das obras relativas a eventuais equipamentos públicos urbanos, realizados com recursos públicos. A segunda é que as obras e investimentos que deram ensejo à afetação da propriedade não foram realizados pelo proprietário, destinatário da indenização, mas sim, pelos possuidores (moradias, comércio, etc) e/ou Poder Público (ruas, equipamentos públicos, etc). A terceira é que vigora o princípio que veda o enriquecimento sem causa, motivo pelo qual não deve o proprietário ser favorecido com uma indenização correspondente ao valor de investimentos que não realizou. Assim, como afirmado, deve a justa indenização ser fixada com a redução dos valores relativos às obras e investimentos realizados pelos possuidores.

Não deve prevalecer o argumento de que haveria favorecimento resultante da inércia do proprietário, ao menos não para a presente hipótese de desapropriação privada, por não ser tal situação um pressuposto para o deferimento da medida expropriatória, que pode ser aplicada mesmo diante das diligências do proprietário,

como no caso de existência de contrato de parceria agrícola⁸⁰⁶.

Contudo, mesmo que houvesse um comportamento negligente e, inclusive, um desejo de que a venda seja realizada diante de dificuldades do mercado, mesmo assim tal circunstância não poderia ser levada em consideração para frustrar a desapropriação custeada pelos possuidores de renda média alta, com a ressalva de que o valor seria de qualquer maneira apurado a partir tanto das condições de mercado e da proporção que corresponde aos investimentos realizados pelos próprios possuidores, quanto por uma compensação semelhante à existente no regime de indenização por benfeitorias e acessões (arts. 1.219 e 1.220, do CC), inspirado no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

O que deve ser realçado é que a hipótese de desapropriação não corresponde a uma sanção, a justificar um regime diferenciado de pagamento – pagamento com títulos da dívida pública, resgatáveis em dez ou vinte anos⁸⁰⁷ –, tendo em vista a sua vinculação constitucional à garantia descrita no artigo 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal.

Em relação aos possuidores de renda baixa, que tem sido o foco das atenções, especialmente por corresponder às expectativas de aplicação do instituto, expostas desde a elaboração do projeto do novo Código Civil⁸⁰⁸, existe uma tendência de se reconhecer a responsabilidade do Poder Público arcar pelo pagamento da indenização⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Exemplo extraído da obra de Arruda Alvim: ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.517.

⁸⁰⁷ Na hipótese de desapropriação sanção a justa indenização pode ser fixada, inclusive, com amparo no valor venal do imóvel.

⁸⁰⁸ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 50. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁸⁰⁹ Fiúza adota posição intermediária, pois propõe que a indenização seja fixada segundo as condições socioeconômicas dos possuidores, não correspondendo necessariamente ao valor de mercado (FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 798). Barroso discorda deste entendimento, basicamente por dois motivos, quais sejam, “primeiro, porque uma indenização menor significaria uma ‘punição’ que não teria lugar em caso de desapropriação administrativa; segundo, haja vista que o instituto poderia ser tomado como propulsor de uma desordem social incompatível com os ditames constitucionais democráticos” (BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos

Neste sentido, entende Barroso que, sendo o imóvel ocupado por possuidores de baixa renda, “uma vez declarada a desapropriação judicial e apurado o *quantum* indenizatório, o pagamento do mesmo deve ficar a cargo do ente federado que teria competência para desapropriá-lo por via administrativa”. Para tanto, defende que deverá o ente público adotar medidas visando incorporar tal diretriz às suas “políticas públicas em execução com a finalidade de cuidar das questões fundiárias urbanas e rurais ou que se imponha esse ônus à Administração pública”^{810 811 812}.

Tal responsabilização, todavia, deve levar em conta o interesse social e econômico envolvido, nos mesmos parâmetros que estão sendo expostos neste trabalho em relação à tipificação da afetação da propriedade privada à destinação socialmente desejada pela Constituição Federal, tal como ocorre com a implementação de políticas voltadas para a concessão de moradia para população de baixa renda.

Sendo uma hipótese de desapropriação por interesse social, capaz de realizar os

ocupantes de baixa renda. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 217).

⁸¹⁰ BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 217. Segundo Lucas Barroso, tal solução evitaria duas situações indesejadas: a) de uma indenização injusta, ou menor da que caberia, ao proprietário; e, b) de que os possuidores não podendo pagar a devida indenização fossem obrigados a desocupar o imóvel no qual realizaram benfeitorias de relevante interesse social e econômico – cumprindo assim a função social da propriedade”.

⁸¹¹ Defendendo a responsabilidade do ente público pelo pagamento da indenização, vide: CASTRO, Mônica. **A desapropriação judicial no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18537-18538-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016; e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.78-79.

⁸¹² Sobre o tema, vide osseguintes Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: i) 84 - 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; ii) 240 - 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; iii) 241- 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”; e que iv) 308 - 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 (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.)). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 25. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.).

princípios da dignidade humana e função social, deve ser admitida, em tese, a mesma afetação capaz de ensejar uma desapropriação indireta, inclusive, decorrente da consolidação da situação fática, conforme será exposto no próximo capítulo.

4.2 A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA DECORRENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *ACCESSIO CEDIT PRINCIPALI*

Prescrevia o Código Civil de 1916 que os bens, reciprocamente considerados, eram classificados em coisa principal e coisa acessória, assim definidas como sendo, respectivamente, “a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente” e “aquela cuja existência supõe a da principal” (art. 58), sendo classificadas como coisas acessórias “os frutos, produtos e rendimentos” (art. 60), além das benfeitorias, acessões e pertenças (arts. 61/64)⁸¹³.

A referida legislação também consignava que, “salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal” (art. 59), disposição representativa do princípio do *accessio cedit principali*, segundo o qual as coisas acessórias seguem a sorte das coisas principais, definindo, por meio de uma presunção relativa, a respectiva propriedade^{814 815}.

Não obstante não ter o Código Civil em vigor uma disposição semelhante às descrita no artigo 59, do Código anterior, ainda vigora em nosso ordenamento o referido princípio, extraído não apenas do seu artigo 92, que repete a definição de coisas principais e acessória, mas também dos artigos 1.229, 1.253, 1.255, *caput*, do mesmo Diploma Legal, pertinentes ao direito de propriedade.

⁸¹³ Segundo Venosa, as construções e plantações, espécies de acessões, “são consideradas acessórias do solo”, independentemente do valor que representam (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, ps. 187-188).

⁸¹⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 175.

⁸¹⁵ Segundo Melo, a regra descrita tem origem milenar (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145).

Segundo o citado artigo 1.229, “a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes”, demonstrando que abrangência do direito de propriedade sobre a coisa principal recai também sobre o que está acima e abaixo “em altura e profundidade úteis ao seu exercício [...]”. De forma semelhante, diz o artigo 1.253 que toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário, norma que também integra o regime estabelecido pelo princípio do *accessio cedit principal*⁸¹⁶.

Tal princípio acaba sendo moldado, em relação à propriedade, pela disposição contida no artigo 1.255, do Código Civil, cujo teor diz que “aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização”. Diz ainda que “se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo” (parágrafo único).

Como visto, o *caput* do artigo 1.255 confirma a regra de que a propriedade do solo também abrange todas as acessões nele existentes, realizadas ou empregadas por terceiros, tais como plantações e construções, com a observação de que fica assegurado o direito a indenização caso comprovada a boa fé, seja em razão do prestígio conferido a tal elemento subjetivo, seja pela vedação do enriquecimento sem causa por parte de quem se aproveita das coisas acessórias⁸¹⁷.

Contudo, prevê o mesmo dispositivo do Código Civil, em seu parágrafo único e como

⁸¹⁶ Conforme Expõe Rizzardo, “de um modo geral, as construções e plantações se presumem do imóvel no qual se encontram”, tal como se denota dos artigos 1.253 e 1.254, do Código Civil, de onde tradicionalmente se extrai o brocardo *superficies solo cedit*. Diz o autor, ainda, que o fundamento é que “ocorre a adesão da coisa ao imóvel que recebe o respectivo incremento, dado que não poderá mais se destacar sem dano ou perda” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 359) Neste sentido: RODRIGUES, Silvío. **Direito civil: Direito das Coisas**. v. 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 104.

⁸¹⁷ Referidos princípios já eram destacados por Bessone, ainda na vigência do Código Civil de 1916, quando da análise da presunção relativa da regra que definia a sorte da coisa acessória, a partir da definição da coisa principal. Dizia o autor que “duas ideias orientam as soluções relativas à plantação e à edificação em terreno alheio, a saber: a da boa-fé e a da vedação do enriquecimento ilícito, ou sem causa (BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 204). Também destacando tais princípios, porém, em relação ao Código Civil em vigor, vide: MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.

exceção, que aquele que, de boa fé, semeia, planta ou edifica (coisas acessórias) totalmente em terreno alheio, pode adquirir judicial e até mesmo forçadamente a propriedade do solo (coisa principal), especificamente na hipótese de a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo^{818 819}.

Seguindo parâmetro semelhante, dispõe o artigo 1.258, do Código Civil, que aquele que, de boa-fé, constrói parcialmente em solo próprio e invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Tal direito à aquisição forçada, inclusive, é estendido ao construtor de má-fé, nos seguintes termos: “Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção” (parágrafo único, do artigo 1.258).

Completando as regras relativas às acessões, prescreve o artigo 1.259, do Código Civil, que: “se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é

⁸¹⁸ Conforme expõe Rizzardo, “está aí o princípio que dá força à prevalência da atividade ou obra implantada no imóvel, relativamente ao solo, evitando, assim, que se cometam graves incongruências, como a derrubada de uma obra de custo bem superior ao valor do solo” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 361). No mesmo sentido, afirmam Venosa e Melo que a jurisprudência já se inclinava no mesmo sentido indicado pelo parágrafo único, do artigo 1.225, do Código Civil (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 188; e MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.).

⁸¹⁹ Ao comentar o Código Civil de 1916, Silvio Rodrigue destaca o sentimento de injustiça provocado que a perda da acessão para o proprietário do solo poderia provocar, “profundamente contrária ao interesse da Comunidade”. O autor critica a possibilidade de o proprietário do solo exigir a demolição da obra, em colisão ao interesse da comunidade. Por tal motivo o autor elogia o abrandamento da regra tradicional de que o acessório deve seguir a sorte do principal, notadamente quando “evidente o interesse social” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Direito das Coisas**. v. 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105-107).

obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro”.

A distinção entre as regras previstas nos artigos 1.258/1.259 e as consignadas pelo artigo 1.255, é que as primeiras tratam de construções ou plantações realizadas em solo próprio, mas que invadem solo alheio, prevendo as conseqüências de tal ocorrência, enquanto as últimas normas tratam das mesmas acessões, realizadas, contudo, completamente em solo alheio.

Todos os dispositivos citados, contudo, inovam substancialmente o regime jurídico das acessões, pois permitem a inversão da regra segundo a qual a coisa acessória segue a definição da coisa principal, garantindo àquele que empregou ou realizou plantações ou obras, total ou parcialmente, em terreno alheio, o direito de aquisição forçada de toda ou de parte da propriedade da coisa principal.

Tal inovação legislativa também tipifica uma espécie de desapropriação privada, reconhecida judicialmente mediante o pagamento da respectiva indenização, fruto de uma ponderação entre direitos colidentes, relacionados ao cumprimento da função socioambiental exigida constitucionalmente, pois permite a precedência do direito invocado por quem realizou a acessão sobre o tradicional direito de propriedade.

Conforme expõe Gomes, trata-se de uma importante exceção à regra geral das acessões, pois admite uma desapropriação privada voltada para “evitar demolições antieconômicas” e injustas, na medida em que a sua ausência permitiria não apenas a aquisição da acessão pelo proprietário, mas também a sua própria demolição. Justifica o autor:

A solução nova apresenta-se como exceção ao princípio de que o acessório segue o principal, modificando a tradicional regra da acessão. Bem consideradas as coisas, porém, parece que o reafirma. Certas edificações modernas são mais importantes economicamente do que os terrenos onde se levantam. Tomam-se, por assim dizer, bem principal, por seu valor. Sacrificar o construtor de boa-fé em proveito do dono do terreno confinante não seria justo. Dar preferência a seu direito deste é colocar-se fora da realidade em homenagem ao preconceito da superioridade da terra,

difundido nos tempos em que era o principal bem econômico⁸²⁰ 821.

A ressalva realizada por Gomes é relevante por identificar na hipótese da desapropriação privada, na verdade, uma mudança de perspectiva em relação ao que seja coisa principal, como um caso peculiar de inversão da perspectiva, ou seja, da consideração da acessão como coisa principal e do solo como coisa acessória.

Contudo, seja qual for a perspectiva considerada – quebra do princípio do *accessio cedit principali* ou da consideração do solo como coisa principal –, deve ser destacado que a nova hipótese de desapropriação privada ratifica o interesse social e econômico também indicado no art. 1.228, do Código Civil, identificado judicialmente a partir da importância de construções ou plantações em relação ao solo não edificado, bem como de elemento como a boa-fé e o valor dos investimentos realizados.

Tal como narrado em relação à desapropriação privada exposta no tópico antecedente, a boa-fé dos possuidores deve ser aferida de forma conjugada com o exame da função socioambiental exteriorizada pelas acessões, levando-se em consideração, ainda, a desídia dos proprietários quanto ao andamento ou conclusão das construções, inclusive, diante em relação ao possível enriquecimento sem causa.

O exame da conduta do proprietário diante da realização de construções e plantações interfere no exame da sua boa ou má-fé, podendo configurar uma autorização tácita que acabou também sendo tratada no artigo 1.256, do Código Civil, que integra o mesmo contexto normativo relacionado ao regime jurídico das acessões.

Diz o dispositivo que, havendo o emprego por terceiro de sementes, plantas ou construções em solo alheio, o proprietário deste solo adquire tais acessões caso

⁸²⁰GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 177.

⁸²¹ “Nem sempre a solução de desfazer a construção será mais justa no caso concreto, daí o porquê da nova redação do art. 1.255, parágrafo único. [...] Poderá ser mais conveniente a indenização do que o desfazimento parcial de obra que prejudique seu todo, bem como sua função social. Algumas legislações admitem também essa solução, a qual vinha sendo adotada por nossa jurisprudência. O invasor torna-se proprietário do terreno invadido, nessa espécie de desapropriação privada [...]” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189-190).

ambas as partes estejam de má-fé, com as observações de que o mesmo deve ressarcir o valor das acessões, notadamente como forma de se evitar o enriquecimento sem causa⁸²². O dispositivo diz ainda que “presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua” (parágrafo único).

A ideia central que caracteriza o dispositivo é a de que o cumprimento da função socioambiental por quem não é proprietário, identificado a partir da realização de construções ou plantações, deve ser prestigiado em relação ao proprietário que, seja por desídia, seja por má-fé, não cumpre a função socioambiental. Referida ideia é complementada pelo exame da proporcionalidade entre o valor da acessão e o do solo, que inclusive pode justificar a desapropriação privada no caso de má-fé praticada por ambas as partes, com fundamento no artigo 1.255, parágrafo único⁸²³.

Neste sentido, afirma Venosa que, mesmo em caso de invasão de má-fé, “poderá não coincidir com o interesse social a destruição do prédio facultada ao proprietário”, como no caso, por exemplo, da “edificação de hospital ou escola em pleno funcionamento”, razão pela qual defende que “não decidirá contra a lei o magistrado nessa hipótese se buscar o sentido social da propriedade, preconizado inclusive constitucionalmente”⁸²⁴.

De igual maneira, diz o autor pode o juiz flexibilizar o percentual descrito no artigo 1.258, do Código Civil, “seguindo a melhor argumentação para o caso e o que melhor se amolda à adequação social”, notadamente diante da concepção filosófica que se mostra presente na atualidade⁸²⁵.

⁸²² “Depreende-se da regra que as plantações e construções passarão para o proprietário, o que revela a manutenção da orientação seguida nas disposições anteriores e a preponderância do domínio frente a outros valores. Mas a diferença, na presente hipótese, relativamente à situação anterior, está na indenização imposta ao proprietário, quanto ao valor das plantações ou construções, referidas como benfeitorias pelo Código de 1916, e como acessões, o que está certo, pelo art. 1.256 do Código vigente. O ressarcimento não envolve apenas as despesas havidas, e sim o real valor” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 361).

⁸²³ Neste sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189; e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 491-492.

⁸²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 190.

⁸²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 191.

Vale destacar, ainda, os pressupostos materiais para a realização da hipótese de desapropriação judicial privada, decorrente das situações fáticas e jurídicas expostas.

No caso previsto no artigo 1.255, do Código Civil, serão necessários os seguintes pressupostos materiais para o reconhecimento da desapropriação judicial: i) a aplicação ou realização de sementes, plantas ou construções próprios totalmente em solo alheio; ii) a boa-fé; iii) que o valor da construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno; iv) pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo. Os mesmos pressupostos poderão ser aplicados à situação descrita no artigo 1.256, exceto no que se refere à necessidade de comprovação da boa-fé, já que poderá ser admitida, na situação específica descrita, a demonstração de má-fé de ambos os interessados, quais sejam, aquele que semeia, planta ou edifica e proprietário.

Na situação descrita no *caput* do artigo 1.258, do Código Civil, serão necessários os seguintes pressupostos materiais: i) a realização de construções com materiais próprios em solo alheio, em proporção não superior à vigésima parte deste; ii) a boa-fé; iii) que o valor da construção exceda valor da parte do terreno invadida; e iv) pagamento de indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

No caso indicado pelo parágrafo único do artigo 1.258: i) a realização de construções com materiais próprios em solo alheio, em proporção não superior à vigésima parte deste; ii) a má-fé do construtor. iii) que o valor da construção exceda consideravelmente valor da parte do terreno invadida; iv) não for possível a demolição da proporção da construção equivalente à área invadida, sem que ocorra grave prejuízo à construção; e iv) pagamento de indenização correspondente ao décuplo da soma do valor da área perdida e da desvalorização da área remanescente.

Por fim, na hipótese descrita no 1.259, do Código Civil, serão exigidos os seguintes pressupostos: i) a realização de construções com materiais próprios em solo alheio, em proporção superior à vigésima parte deste; ii) a boa-fé; iii) que o valor da

construção exceda valor da parte do terreno invadida; e iv) pagamento de indenização que represente o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente.

Analisando tais pressupostos agrupados por afinidade, exige o Código Civil, inicialmente, a aplicação ou realização de sementes, plantas ou construções (com materiais próprios), em solo alheio – total (art. 1.255) ou parcialmente (arts. 1.258 e 1.259). Ou seja, exige que o possuidor que utiliza sementes, plantas ou materiais próprios para a realização de plantações ou construções em terreno alheio, comprove não apenas estas acessões artificiais para fins de avaliação judicial quanto ao aspecto socioeconômico, que pode ou não motivar a desapropriação judicial, mas também que as mesmas não estão localizadas total ou parcialmente em terreno próprio.

Há que se ressaltar, todavia, que o parágrafo único, do artigo 1.255, do Código Civil, permite a realização da desapropriação privada tanto na hipótese de plantações, quanto de construções consideradas socialmente merecedoras de guarda e prestígio caso comparada com a propriedade do terreno, notadamente diante da boa-fé de quem realizou as acessões totalmente em terreno alheio.

Tal previsão, todavia, não foi repetida em sua amplitude quando as acessões são feitas em terreno próprio e acabam invadindo parcialmente o terreno alheio, conforme se observa do disposto nos artigos 1.258 e 1.259, do mesmo diploma legal, dispositivos que restringiram a possibilidade de desapropriação apenas às construções.

Exige o Código Civil, ainda, a demonstração de boa-fé daquele se semeia ou edifica em solo alheio, nos casos dos artigos 1.255, 1.258 *caput*, e 1.259, do Código Civil, ou de má-fé de ambos os interessados (construtor e proprietário) ou somente do construtor, nos casos descritos respectivamente nos artigos 1.256 e 1.258, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

A questão já foi abordada anteriormente, merecendo, contudo, a ressalva quanto ao entendimento exposto no enunciado nº 318, das Jornadas de Direito Civil,

promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei, houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé”⁸²⁶. Os fundamentos que ampararam o referido enunciado foram descritos por Farias e Rosenvald. Vejamos:

A interpretação literal do parágrafo, sem exigir novos requisitos, implica em admitir que a má-fé, aliada ao poder econômico, possa invadir e expropriar terrenos, bastando que: (i) a invasão, embora de má-fé, não exceda 5% do terreno esbulhado; (ii) exista construção também em solo próprio; (iii) o valor da construção exceda consideravelmente o do solo invadido; (iv) não possa a área ocupada ser demolida sem prejuízo à construção; e (v) seja paga, em décuplo, a indenização. Ora, ainda com o agravamento da indenização, valerá a pena, a muitos incorporadores, invadir terreno alheio. Desde que o proprietário não reclame antes de finda a construção, a mais-valia obtida com a obra (de muitos andares, em alguns' pode incentivar invasões capitaneadas pelo poder econômico, criando - seja-nos concedida a expressão - um MST às avessas. Tal interpretação, literal, é contrária à Constituição, ao admitir a perda da propriedade e homenagear a capacidade de pagar, não obstante a má-fé. Parece-nos que o preceito, entretanto, pode ser útil, desde que seja amoldado e interpretado conforme a Constituição. Para tanto, há que se exigir, além dos demais requisitos já listados, que exista necessidade de proteger adquirentes de boa-fé⁸²⁷.

Ainda como pressuposto, a desapropriação judicial privada depende da demonstração de que o valor da construção ou a plantação exceda consideravelmente o valor do terreno nas hipóteses descritas nos artigos 1.255, parágrafo único, 1.256 e 1.258, parágrafo único, ou simplesmente exceda o valor do terreno, nos casos indicados nos artigos 1.258, *caput*, e 1.259, do Código Civil.

Trata-se de um pressuposto cuja definição dependerá do caso concreto, conforme a percepção do julgador e ainda diante da análise da função socioambiental concretizada pela acessão, tal como já referido em relação à hipótese de desapropriação prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil.

No caso descrito no parágrafo único, do artigo 1.258, do Código Civil, pertinente à

⁸²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 25. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

⁸²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 494-495. Sustentam os autores que o artigo 1.258 provoca uma “espécie de minidesapropriação no interesse privado do possuidor, deferindo-se a este um direito potestativo à aquisição de parte da propriedade contígua, punindo-se o proprietário inerte que deixou de prontamente ingressar com a ação de nunciação de obra nova ou demolitória”.

realização de construções com materiais próprios em solo alheio, em proporção não superior à vigésima parte deste, realizadas pelo construtor de má-fé e cujo valor da construção exceda consideravelmente valor da parte do terreno invadida, que não seja possível a demolição da proporção da construção equivalente à área invadida, sem que ocorra grave prejuízo à construção.

Por fim, a desapropriação judicial privada somente se aperfeiçoa como o pagamento da justa indenização, assim compreendida como sendo aquela fixada por acordo ou judicialmente (art. 1.255 e 1.256), que deve abranger o valor total da área invadida (quanto a plantação ou construção for totalmente no imóvel alheio), e ainda o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente, quando parte da construção for realizada em parte do imóvel alheio (arts. 1.258 e 1.259).

Do que foi exposto, há que se concluir que a norma prevê mais uma hipótese em que a relevância social, econômica e ambiental de certas obras em relação aos respectivos terrenos, também pode provocar uma espécie de afetação da propriedade privada ao cumprimento de uma função socioambiental concretizada pelo exercício de uma posse qualificada, justificando a desapropriação privada, especialmente em caso de desídia do proprietário.

Por tais razões, a desapropriação privada admitida nos artigos 1.255, parágrafo único, 1.258 e 1.259, possui o mesmo embasamento constitucional indicado em relação à hipótese tratada no tópico anterior, também configurando uma desapropriação por interesse social.

4.3 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DE ATIVIDADE NOCIVA E EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO

Dispõe o artigo 1.228, *caput*, do Código Civil brasileiro que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de seu bem, bem como o de reavê-lo das mãos de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Tais direitos já foram

considerados em um sentido extremado, representando, de forma geral, a possibilidade de o proprietário se comportar em relação às suas coisas da forma mais livre possível, desde que não infringisse disposição legal específica, ou seja, tinha o proprietário o direito de fazer o que bem entendia com suas coisas, desde que não vedado por lei.

Trata-se de uma compreensão absoluta do direito de propriedade, naturalmente decorrente do transcurso de uma fase de restrição ou mesmo opressão em relação aos direitos essenciais da pessoa humana, dentre os quais se destaca o da liberdade. Inclusive, o direito de propriedade chegou a ser compreendido como sendo semelhante ao direito de liberdade, assim entendido como sendo o direito de se fazer o que bem entende consigo mesmo, desde que não proibido em lei. Neste sentido, Alcides Rosa justifica tal compreensão com amparo no nosso ordenamento então vigente, incompatível com o panorama constitucional que já vigorava desde meados do século passado. Vejamos:

A visão de propriedade existente sob a égide do Código Civil de 1916, apesar da legislação superveniente, 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 coisa⁸²⁸.

Conforme explica o autor, a amplitude foi fruto 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”⁸²⁹. Expõe o autor, contudo, que a concepção da propriedade segundo o pensamento da Declaração dos Direitos do Homem não corresponde mais ao estado atual do direito. Vejamos:

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

⁸²⁸ ROSA, Alcides. **Noções de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1947, p. 100.

⁸²⁹ ROSA, Alcides. **Noções de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1947, p. 100.

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”.

A mencionada fase individualista da propriedade, desejada em razão do objetivo de se alcançar uma igualdade formal inexistente até então, proporcionou, como dito, uma compreensão extremada do direito de propriedade e liberdade, propício para o desenvolvimento de desigualdades substanciais, decorrente do distanciamento entre os aqueles detentores e não detentores do título de domínio, provocado pelo individualismo causado pela ausência do compromisso ou responsabilidade social.

Especialmente em razão das desigualdades provocadas pelo pensamento individualista e egoísta em relação à propriedade, pelo crescimento das situações consideradas abusivas e pelas necessidades sociais vivenciadas na denominada modernidade é que houve uma mudança substancial em relação aos denominados poderes do proprietário, que também passaram a ser vistos como deveres ou responsabilidades em relação à função que os bens devem ter perante a comunidade.

Não obstante a conservação do tradicional e histórico respeito tanto o direito à propriedade privada, quanto aos direitos do titular do domínio, ambos passaram a ser considerados a partir de uma conformação imposta pelas novas exigências decorrentes da realidade identificada a partir de injustiças sociais. Foi reconhecido que os denominados direitos inerentes à propriedade, que serviram a propósitos individualistas que acabaram provocando injustiças sociais, também poderiam ser conformados para o atingimento de propósitos solidários e capazes de restabelecer, direta ou indiretamente, a justiça social, notadamente diante da vocação do direito para a construção de uma sociedade mais igualitária, justa e fraterna.

Especificamente em relação ao direito de usar o bem, no qual se extrai o direito de construir e utilizar os bens para fins econômicos ou não, também vigora no ordenamento a necessidade de observância das normas infraconstitucionais públicas e privadas que também acabam por restringir ou conformar tal poder. É o

que se observa, por exemplo, do disposto nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 1.228, do Código Civil⁸³⁰. Referidos parágrafos prescrevem que os poderes do proprietário de usar, gozar, dispor e reaver devem ser exercidos em consonância com os fins econômicos e sociais da coisa, de maneira 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, sendo defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Em outras palavras, não pode o proprietário exercer os poderes de uso, gozo, disposição e vindicação da coisa em desconformidade com a função econômico/social da mesma, bem como em desacordo com a legislação especial de regência ou animado com o intuito de prejudicar outrem, exigência que também atende à nova compreensão tanto do direito de propriedade, estruturalmente vinculado a elementos revistos e conformados, quanto do proprietário, sobre o qual também recai deveres considerados fraternos ou solidários. Neste sentido, expõe Silvio Venosa que:

[...] no exercício do direito de propriedade, por mais amplo que seja seu âmbito, há restrições e limitações fundadas em interesses de ordem pública e de ordem privada. Não bastasse o interesse social em torno da propriedade descrito constitucionalmente, a coexistência de vários prédios próximos, a vizinhança, a coletividade, a disciplina urbana traduzem parte dessas restrições⁸³¹.

É o que se observa também em relação ao disposto no artigo 1.277, do Código Civil, que veda o uso anormal da propriedade ao dispor que o proprietário ou possuir do prédio vizinho tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha, observados a natureza da utilização, a localização do prédio e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança (parágrafo único).

⁸³⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. [...]

⁸³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. v.5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 271.

Conforme lecionam Farias e Rosenvald, o “princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança é o de que o proprietário, ou o possuidor, não podem exercer seu direito de forma que venha prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam o prédio vizinho”, razão pela qual “devem manter respeito mútuo, observando regras morais e sociais de convívio, exercendo os seus direitos de maneira saudável e tranquila”⁸³². Dizem os autores:

O direito de vizinhança tem o seu cerne vinculado ao mau uso da propriedade, pela mensuração de condutas de proprietários e possuidores que excedem o razoável e prejudicam a segurança, sossego e saúde de vizinhos. A matéria consubstancia normas de Direito Público e Privado, bem como institutos de direito real e obrigacional. De fato, basta imaginar que uma construção capaz de causar incômodos à vizinhança sofrerá limitações de direito privado e de normas urbanísticas e edilícias⁸³³.

Contudo, conforme destaca Melo, “o desafio maior que gira em torno da matéria sempre foi a tentativa de se estabelecer um critério mais seguro para aferir o mau uso da propriedade imóvel, compatibilizando os interesses particulares de sossego”⁸³⁴, razão pela qual destaca o autor que “a solução dos conflitos será obtida segundo as circunstâncias do caso concreto”⁸³⁵.

Na mesma linha de pensamento, o artigo 1.299, do Código Civil, vincula o direito de construir à observância das normas de vizinhança ali descritas e regulamentos administrativos afetos às obras e posturas. Vale ressaltar, inclusive, que o denominado direito de usar/construir, considerado, seja de forma qualitativa, seja quantitativa, o mais relevante para o fim de atendimento da função social da propriedade, foi o que sofreu a conformação mais substancial imposta pela Constituição Federal, notadamente diante da possibilidade de se impor tal conduta ao proprietário mesmo contra a sua vontade, justamente no caso de não atendimento da função social.

⁸³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 638.

⁸³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 639.

⁸³⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

⁸³⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

É o que prescreve o inciso I, do § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, ao afirmar que o Poder Público municipal pode, conforme lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de ser imposto o parcelamento ou edificação compulsórios.

Tal possibilidade somente foi inserida no nosso ordenamento constitucional pela Constituição de 1988, no contexto normativo que regulamentou o cumprimento da função social da propriedade, especificamente na relação do proprietário com o Poder Público envolvendo o imóvel urbano, a partir de quando foi estabelecida a possibilidade de parcelamento do solo ou edificação compulsórios, nunca visto em nosso ordenamento, especialmente no âmbito da própria Constituição Federal.

No referido contexto relacionado ao exercício dos poderes do proprietário, especialmente no que diz respeito aos direitos de usar e construir, dispõe o Código Civil de 2002, dentre suas normas relacionadas ao direito de vizinhança, que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha” (art. 1.277), sendo que tal direito “não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal” (art. 1.278).

Ou seja, o uso de um imóvel que causar prejuízo à segurança, ao sossego e à saúde de outrem, poderá, mesmo assim, ser mantido em caso de justificado interesse público, mediante o pagamento de indenização cabal que poderá, até mesmo, corresponder ao valor total do imóvel atingido, situação que consubstancia mais uma hipótese de desapropriação privada.

Trata-se de uma inovação do Código Civil de 2002, semelhante a que é verificada em outras situações voltadas para a concretização tanto do princípio da função social da propriedade, quando da boa-fé, justificada no interesse público, representativo de um interesse social, decorrente da continuidade das atividades

que, mesmo lícitas, provocam danos⁸³⁶.

Vale ressaltar que os prejuízos à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam os imóveis vizinhos, que devam ser tolerados, podem ser objeto de pedido judicial de redução, na forma do artigo 1.279, do Código Civil. Todavia, destacam Farias e Rosenthal, “o direito do particular ao sossego não é absoluto, podendo colidir com direitos de igual estatura”, razão pela qual a solução passa pela avaliação da proporcionalidade, exigindo uma ponderação entre os princípios colidentes por meio da qual “o magistrado deverá ponderar os princípios em choque, prevalecendo aquele de maior peso ou dimensão, afastando-se no caso concreto o bem colidente de menor importância, com base nos critérios já mencionados”⁸³⁷.

Na verdade, esclarece Melo que os artigos 1.278 e 1.279, do Código Civil, asseguram à pessoa obrigada judicialmente a tolerar em homenagem ao interesse público, os danos provocados por vizinho, “poderá, a qualquer tempo, pleitear a redução ou a própria cessação da atividade reputada nociva”, demonstrando que a possibilidade de mudança superveniente da decisão judicial, que está submetida à cláusula *rebus sic stantibus*. O êxito no pedido de revisional, segundo Melo, dependerá da prova da “possibilidade da redução ou eliminação da interferência sem que este fato traga prejuízo à atividade de interesse público”⁸³⁸.

Venosa apresenta um exemplo que demonstra a eventual necessidade de conjugação das normas de vizinhança e aquelas que correspondam ao interesse público, tornando mais clara a possibilidade de, mesmo excepcionalmente, ser a vítima de algum dano obrigada suportar o referido dano, mediante compensação

⁸³⁶ É o que ocorre, por exemplo, com o funcionamento de fábricas, usinas, aeroportos, dentre outros, cujas atividades fazem com que a propriedade cumpra a sua função social de gerar empregos e recursos, revertidos em prol da comunidade, razão pela qual não poderão ser paralisadas, mesmo diante do sacrifício dos proprietários ou possuidores dos prédios vizinhos.

⁸³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 647.

⁸³⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 193. O autor apresenta o seguinte exemplo: “Apenas a título de ilustração, imaginemos uma situação em que para manter a empresa em funcionamento seria necessário que a comunidade na redondeza suportasse um impacto ambiental razoável. Sucede, entretanto, que passados três anos da decisão que manteve a atividade, a ciência descobre um filtro que minor a agressão ambiental. Neste caso, poderá o interessado requerer a revisão do processo, pleiteando a condenação da empresa na colocação do aludido filtro sob pena de multa diária”.

pecuniária⁸³⁹. Vejamos:

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um hospital na vizinhança que emita gases poluentes. Nesse caso, a vítima há de suportar a interferência desagradável no seu imóvel, mas fará jus a uma indenização, conforme exposto pelo art. 1.278. Interessante notar que, nesse caso, se o turbador é acionado para estagnar a interferência, pode, em reconvenção ou em ação autônoma, conforme o caso, pleitear a manutenção do *status quo*, mediante indenização, que será apurada no caso concreto. Essa indenização deverá levar em conta a depreciação do valor do imóvel, como parece evidente, além de analisar outros fatores⁸⁴⁰.

Para a concretização da referida hipótese de desapropriação privada, como visto, devem estar presentes os seguintes elementos: i) a utilização do bem de forma lícita, inclusive, no que diz respeito às construções; ii) que tal utilização do bem demonstre a prática de atividades consideradas pelo juiz como de interesse social; iii) a existência de incômodos à segurança, sossego e saúde dos vizinhos que extrapolam a normalidade; iv) que os incômodos tenham intensidade suficiente para inviabilizar a utilização, fruição e disposição da propriedade ou posse do prédio vizinho; v) o nexos entre tais incômodos e o exercício regular do direito de uso dos bens; e, por fim, vi) o pagamento da justa indenização.

Antes de examinar tais elementos, merece registro o sentido que deve ser conferido à segurança, sossego e saúde pela doutrina, especificamente em relação do direito de vizinhança. Faria e Chaves defendem que a segurança do prédio vizinho diz respeito aos “atos que possam comprometer a solidez e a estabilidade material do prédio e a incolumidade pessoal de seus moradores”, tal como ocorre com a instalação de indústria de inflamáveis e explosivos. Neste sentido, já se questionou, por exemplo, a possibilidade de instalação de postos de gasolina e distribuidora de gás próximo a residências e escolas⁸⁴¹.

Em relação ao sossego, diz a doutrina que, “no estágio atual da sociedade pós-moderna é bem jurídico inestimável, componente dos direitos da personalidade, intrinsecamente conectado ao direito à privacidade”, com a observação de que o

⁸³⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. v. 5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 274-275.

⁸⁴⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. v. 5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 274-275.

⁸⁴¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 640.

sossego “não pode ser conceituado como a completa ausência de ruídos, mas a possibilidade de afastar ruídos excessivos que comprometam a incolumidade da pessoa”⁸⁴². São exemplos de atividades nocivas o funcionamento de casas de festas e bares, locais para eventos que geram algazarras, instalação de comércio de animais ou no qual funcionem equipamentos que produzem vibrações intensas.

Por fim, no que se refere à saúde dos vizinhos, diz a doutrina o prejuízo se refere “ao estado da pessoa cujas funções biológicas estão normais, à salubridade física ou psíquica que possa ser afetada por moléstia”, mediante a utilização de “agentes físicos, químicos e biológicos, como na emissão de gases tóxicos, poluição de águas e matadouros”⁸⁴³.

Os exemplos mencionados pela doutrina são expressivos e capazes de demonstrar a ocorrência de atividades ilegais que geram prejuízos à segurança, sossego e saúde dos vizinhos, podendo ocasionar a cessação total da atividade, notadamente por não representarem qualquer justificativa social. Justamente para estas hipóteses é que se cogita a realização da desapropriação judicial privada, inicialmente exposto.

São exemplos os casos de autorização pretérita de funcionamento de fábricas, indústrias, aeroportos, comércio, clínicas radiológicas, pedreiras, etc, mas que foram sucedidos do crescimento desordenado das cidades, com a autorização também lícita de construções de residências na vizinhança. Pode haver, ainda, a ocorrência de fatores externos que proporcionam ou potencializam os prejuízos à segurança, sossego e saúde dos vizinhos, com fatores econômicos e sociais que influenciam nas atividades consideradas lícitas, ao ponto de aumentar significativamente os reflexos negativos – ou torná-los negativos – em relação aos prédios vizinhos, como ocorre com o aumento do acesso mais amplo ao transporte aéreo que provoca o

⁸⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 640. Os autores citam, como exemplo, que são atividades nocivas o funcionamento de casas de festas e bares, locais para eventos que geram algazarras, instalação de comércio de animais ou no qual funcionem equipamentos que produzem vibrações intensas. Por fim, no que se refere à saúde dos vizinhos, diz a doutrina o prejuízo se refere “ao estado da pessoa cujas funções biológicas estão normais, à salubridade física ou psíquica que possa ser afetada por moléstia”, mediante a utilização de “agentes físicos, químicos e biológicos, como na emissão de gases tóxicos, poluição de águas e matadouros”

⁸⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 640.

aumento do tráfego de aeronaves, a construção de novos acessos às empresas ou indústrias que fazem com que também aumente o tráfego de automóveis, pedestres, comércio no entorno, etc. a instalação de equipamentos mais modernos, mas que geram ruídos ou odores, dentre outros exemplos.

Os casos consubstanciam exemplos do exercício normal dos poderes do proprietário, sem a ocorrência de ato ilícito, que possuem, inclusive, justificativas de interesse social como a produção de emprego, renda, circulação de bens, concessão de serviços de interesse social etc, mas que, mesmo assim, produzem reflexos considerados anormais ou prejudiciais à saúde, sossego e segurança dos vizinhos. Referidos casos demonstram que, sejam lícitos, sejam ilícitos, as atividades dos proprietários ou possuidores dos prédios vizinhos que causarem transtornos à segurança, sossego ou saúde na vizinhança poderão ser reduzidas ou totalmente cessadas em prol da vivência social em comunidade, não havendo distinção em termos práticos, exceto no tocante à possibilidade de continuidade das atividades mediante redução ou desapropriação.

Vale ressaltar que a possibilidade do reconhecimento da desapropriação privada judicial também pode ocorrer, mesmo que de forma excepcional, no caso de atividade consideradas inicialmente ilícitas ou irregulares, cujas consequências foram nocivas para os imóveis vizinhos, pelo transtorno à segurança, sossego e saúde, mas que as atividades são reconhecidas, supervenientemente, como de interesse social e econômico relevantes. É o que ocorre com construções irregulares no âmbito urbano, em que se constata a consolidação de moradias ou atividades comerciais. Mesmo tendo origem ilícita e provocando prejuízos em relação ao direito de vizinhança, poderá ocorrer, em hipóteses excepcionais, a manutenção das referidas moradias ou atividade sob o fundamento da existência de interesse social relevante.

Por outro lado, a desapropriação em questão também depende do reconhecimento judicial de que a utilização lícita do bem consubstancia a prática de atividades consideradas pelo juiz como de interesse social, tal como previsto nos artigos 1.277, caput, c/c 1.278, do Código Civil.

Penteado afirma que, no caso, “o interesse público justifica a interferência, porque consiste em um bem, o qual apresenta um valor, em muito, superior àquele presente nos bens de natureza estritamente individual”, havendo razoabilidade no preceito comentado, já que, “havendo interesse público na interferência, esta é necessária e se impõe por sobre o interesse particular, derogando o direito comum”⁸⁴⁴. Diz o autor:

Trata-se, na exceção de interesse público, de uma norma que tutela uma situação que transcende o interesse de um ou de mais vizinhos, porque o ato interferente traz um benefício em si mesmo maior e relacionado ao bem e ao progresso da coletividade como um todo, indeterminadamente considerada, valor que supera os valores de sossego, saúde e segurança individuais. O interesse público é aquela função de utilidade para todos os integrantes da coletividade, a qual prevalece sobre interesses individuais ou de agrupamentos colegiadas intermediários. Mas deve estar presente na sua forma primária, isto é, deve estar incorporado no ato interferente um motivo que beneficie todos e cada um dos integrantes da coletividade⁸⁴⁵.

O interesse público, observa a Geraige Neto, contudo, deverá ser analisado de acordo com “os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança além dos fatores que, para cada comunidade, podem ser significativos e possam demonstrar interesse a toda a sociedade ou comunidade do local”⁸⁴⁶. Vejamos:

Este interesse, portanto, poderá ser relativo, pois, muitas vezes, o que importa para os moradores de um bairro, por exemplo, poderá não importar para os moradores do bairro vizinho. E este raciocínio poderá ser utilizado de forma mais restrita ou abrangente, tanto no caso de duas cidades como no caso de apenas dois confinantes⁸⁴⁷.

Segundo Penteado, o quadro jurídico demonstra a imposição de uma exceção ao direito de fazer cessar o incômodo, mesmo que exista “ofensa concreta aos valores de sossego, saúde ou segurança”, como, por exemplo, “a construção de torres de telefonia, móvel ou fixa, a instalação de obra destinada a serviço público essencial, como transportes, hospitais ou análogos”⁸⁴⁸. Na referida hipótese, diz o autor que

⁸⁴⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346.

⁸⁴⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346-347.

⁸⁴⁶ GERAIGE NETO, Zaiden. **Comentários ao código civil brasileiro**: da propriedade, da superfície e das servidões. v. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

⁸⁴⁷ GERAIGE NETO, Zaiden. **Comentários ao código civil brasileiro**: da propriedade, da superfície e das servidões. v. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

⁸⁴⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 347.

deverá ocorrer a “indenização cabal àquele que sofre dano decorrente da atividade interferente (CC 1.278)”⁸⁴⁹. Diz o autor:

A norma, autêntica novidade no sistema de vizinhança proposto pela legislação civil em vigor, mostra certa persistência das situações jurídicas de direito privado, ainda quando haja interesse público a tutelar a situação contraposta. Trata-se de importante mecanismo pelo qual o direito à cessação fica paralisado à vista de um interesse maior. O direito dos envolvidos pela situação jurídica de vizinhança pode, entretanto, ser tutelado por um outro instrumento, que é o da tutela ressarcitória, através de um pedido de indenização. Converte-se, deste modo, a tutela específica em tutela alternativa, de modo que não haja completa supressão dos direitos dos particulares envolvidos⁸⁵⁰.

Vale registrar que, diferentemente da hipótese de desapropriação judicial prevista nos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, que prevê da expropriação forçada em caso de interesse “social e econômico relevante”, o caso de desapropriação privada exposto no artigo 1.278, do mesmo Diploma Legal, apenas menciona a possibilidade da desapropriação no caso de “interesse social”. Contudo, apesar de a lei não mencionar o “interesse econômico”, entende a doutrina que aquele também poderá influenciar no desfecho do caso concreto, de forma que a destinação econômica de determinada área também poderá justificar a manutenção de certas atividades, mesmas que prejudiciais aos vizinhos.

No que diz respeito ao pressuposto pertinente à existência de incômodos à segurança, sossego e saúde dos vizinhos que extrapolam a normalidade, afirma a doutrina que, “nas relações de vizinhança há, invariavelmente, uma margem de incômodo que deve ser tolerada pelos vizinhos como um parâmetro mínimo de convivência e civilidade”, conhecida como “encargos ordinários de vizinhança”. Contudo, adverte que “o limite entre o uso normal e o anormal da propriedade não pode ser teorizado, pois a intensidade do dano causado só se configura na hipótese concreta, na qual alcançaremos os limites que devem ser tolerados pelos vizinhos”, aferidos “pela média das pessoas, sem que se alcance a excessiva sensibilidade de uns ou a rudez de outros”⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 347.

⁸⁵⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 347-348.

⁸⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 644.

Deve ser mencionado a denominada teoria da pré-ocupação que também pode ser considerada para a aferição da razoabilidade já mencionada, notadamente por prescrever que as primeiras ocupações das áreas podem estabelecer os padrões de posturas, como ocorre com a vizinhança formada após a instalação de usinas, fábricas, aeroportos, instalações de combustíveis, etc, quadro que pode influenciar no grau de tolerância no caso concreto.

Já houve questionamento relacionado à necessidade de demonstração de que as atividades nocivas foram supervenientes à ocupação dos imóveis vizinhos, como forma de comprovação de que não há má-fé decorrente da ciência prévia à aquisição da posse ou propriedade, quanto aos alegados danos à segurança, ao sossego ou à saúde do vizinho. Obviamente que, sendo a previsão de desapropriação privada contida no artigo 1.278, do Código Civil, uma novidade advinda apenas em 2002, quando da aprovação da referida lei, tal questionamento ocorreu apenas para fins de indenização

Afirma Melo que o critério doutrinário da pré-ocupação do imóvel – “a exigir uma tolerância maior daquele que chega posteriormente e se sente incomodado com as imissões que está sofrendo” –, não foi positivado no Código Civil, registrando a doutrina que “a pré-ocupação deve ser utilizada com muita cautela para que não vire, na prática, a máxima imoral os incomodados que se mudem”⁸⁵².

Merece ser avaliado judicialmente, ainda, se os referidos os incômodos possuem intensidade suficiente para inviabilizar total ou parcialmente a utilização, fruição e disposição da propriedade ou posse do prédio vizinho, ao ponto de provocar a inviabilidade da propriedade dentro dos limites suportabilidade já referidos, examinados segundo as particularidades do caso concreto. É o caso, por exemplo, do aumento substancial do tráfego aéreo no aeroporto vizinho, com vôos permanentes, contínuos e noturnos, ao ponto de não mais permitir, em razão dos ruídos, o descanso noturno.

⁸⁵² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191

Há ainda, dois últimos pressupostos para o reconhecimento judicial e a realização da desapropriação judicial privada relacionados à demonstração do nexo de causalidade entre os incômodos excessivos e o prejuízo capaz de inviabilizar a utilização normal da propriedade vizinha, bem como ao pagamento da justa indenização. No que se refere ao nexo exigido entre os incômodos excessivos e o prejuízo capaz de inviabilizar a utilização normal da propriedade vizinha, deve ser aplicada a mesma compreensão exposta quanto à responsabilidade civil, que define o nexo como sendo “um elemento referencial entre a conduta e o resultado”, que permite aferir o causador do dano”, ou seja, é “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”, apontando a responsabilidade para o autor da referida conduta⁸⁵³.

Já em relação à “indenização cabal” descrita no artigo 1.278, do Código Civil, não há qualquer óbice à utilização do mesmo parâmetro usado em relação às demais hipóteses de desapropriação judicial, assegurando-se ao proprietário ofendido o recebimento do valor justo do seu imóvel, pago pelo vizinho ofensor.

Há que se concluir do que foi exposto que o Código Civil admite mais uma hipótese de desapropriação judicial privada, decorrente, neste caso, da prevalência de um interesse social sobre o individual, apurada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de direitos e interesses fundamentais.

4.4 AS DESAPROPRIAÇÕES JUDICIAIS PRIVADAS COMO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETUDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A positivação de hipóteses de desapropriação privada descritas neste capítulo é bastante significativa em termos de concretude de direitos fundamentais e realização dos princípios da dignidade humana e função social. Demonstram que nosso

⁸⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

ordenamento civil está passando por transformações objetivando a compatibilização de seus principais institutos com os princípios e valores constitucionais, motivada pela realidade social e econômica percebida pela comunidade em que vivemos⁸⁵⁴.

A desapropriação privada é um exemplo da importância que é conferida ao destino dos bens para fins de coexistência humana, demonstrando que o fato do exercício qualificado da posse é decisivo para a realização dos fundamentos e objetivos constitucionalmente previstos. Mesmo sendo refratários a transformações mais substanciais, os institutos do direito das coisas sucumbiram ao “sopro da socialização”⁸⁵⁵, sofrendo inevitável revisão em virtude de sua funcionalização imposta pela Constituição Federal.

A propriedade é um exemplo, pois, mesmo tendo toda a proteção não apenas como um direito fundamental (art. 5º, *caput*, XXII e LIV), mas também como um princípio da ordem econômica (art. 170, inciso II), foi inevitável a transformação de sua função individual reinante no período liberal para a função social, imposta especialmente pela Constituição Federal em vigor (arts. 5º, incisos XXIII, 170, inciso III, 182 e 184)⁸⁵⁶.

Nem mesmo ela foi imune às mudanças econômicas, políticas, sociais e ambientais, que tornaram mais complexas as relações humanas, que também ensejaram novos conflitos, especialmente em busca de acesso à moradia, trabalho, qualidade mínima de vida e dignidade. Tal realidade acaba exigindo não apenas uma atuação mais substancial em termos de concretude e eficácia por parte do Poder Público, incompatível com a omissão que perdurou no passado, mas também da própria sociedade, que deverá ser solidária em relação à destinação que deve ser conferida aos seus bens, essencial para o convívio e o relacionamento social⁸⁵⁷.

Deve a propriedade, mesmo mantendo a sua natureza privada, servir de instrumento

⁸⁵⁴ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁸⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. v 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 220 e WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das coisas. v 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

⁸⁵⁶ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁸⁵⁷ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

para a realização dos anseios sociais, concretizando os propósitos reclamados pela comunidade, tais como preservar o meio ambiente, o patrimônio histórico e artístico (art. 1.228, § 1º, do CC, e 225, CF), garantir o acesso à moradia e ao trabalho (art. 6º, CF), considerados como integrantes do mínimo para a existência e, conseqüentemente, para o alcance dignidade humana.

A propriedade não possui mais correspondência com propósitos individualistas ou egoísticos, incompatíveis atualmente com a noção de coexistência humana, ao menos não em um Estado Democrático de Direito que, além de seguir como seus fundamentos a cidadania, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, II, III e IV, da CF), busca a realização construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II, e III).

A Constituição Federal, de forma inovadora, estabeleceu mecanismos de aplicação e controle da função socioambiental que deve ser dada à propriedade, estabelecendo definitivamente que a propriedade privada não pode mais servir aos mesmos propósitos concebidos anteriormente à sua promulgação⁸⁵⁸. Referidos mecanismos estão claramente previstos nos seus artigos 182, § 4º, 184 e 186, corroborados por outros que justificam a intervenção pública ou a aquisição da propriedade, por meio da posse qualificada pela moradia e o labor, como, por exemplo, os artigos 5º, incs. XXIV e XXV, 6º, *caput*, 183, 191, 225, dentre outros.

Os referidos instrumentos de controle e coação para o cumprimento da função social atingem, de certa maneira, os objetivos desejados, “criando um dever para o ente público de intervir na propriedade privada visando concretizar políticas públicas, além de estabelecer balizas para esta atuação e para o legislador”⁸⁵⁹. Contudo, não há dúvidas de que as necessidades sociais fizeram como que a legislação infraconstitucional também se adequasse quanto ao controle do comportamento do proprietário em sociedade, “de forma a prestigiar aquele cuja conduta também leva

⁸⁵⁸ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

⁸⁵⁹ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

em conta o aspecto funcional do seu bem na comunidade, e punir aquele que ainda mantém sua concepção individualista de seus bens”⁸⁶⁰.

As hipóteses de desapropriações privadas descritas no presente capítulo demonstram todo o narrado, pois alteram substancialmente o regime jurídico inerente à garantia e proteção incondicionais da propriedade, seja nas relações entre o particular e o Estado, seja naquelas puramente privadas, que, ao menos até a promulgação da Carta Magna de 1988 e edição do atual Código Civil, estavam apenas submetidas às consequências previstas no ordenamento, mas desprovidos dos meios hábeis à efetiva imposição dos propósitos e exigências socioeconômicas. Em outras palavras, não havia instrumentos hábeis na Constituição Federal para a imposição, pelo Poder Público, do cumprimento da função socioambiental, atualmente previstas nos seus artigos 182 e 184.

A previsão de desapropriação direta por utilidade, necessidade ou interesse social, apesar de também concretizar sua maneira, a função social, não viabilizava a imposição do cumprimento pelo titular do direito de propriedade, mas apenas, fazia com que o Estado tomasse para si tal conduta, mediante a transferência forçada do domínio. De igual forma, não estava positivada no Código Civil qualquer hipótese de intervenção judicial nas relações privadas, especialmente mediante a outorga de poderes ao Magistrado de avaliar, no caso concreto, a relevância do interesse socioambiental e econômico, muito menos a possibilidade de manutenção de uma situação fática já consolidada, mesmo que mediante a transferência forçada da propriedade.

Qualquer que seja a hipótese de desapropriação judicial no âmbito privado, não há dúvidas do prestígio conferido à posse, fruto do reconhecimento da sua vocação para a realização dos direitos fundamentais e concretude do princípio da função socioambiental, tendo ou não vínculo com o direito de propriedade. Conforme expõe Fiuza, a posse, em muitos casos, vem desacompanhada do domínio, hipótese em que fica demonstrada que ela mesma também tem uma função social, “como instrumento de promoção da dignidade humana”, tal como ocorre com “milhares de

⁸⁶⁰ FREITAS. Rodrigo Cardoso. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, p. 1-34, 2013.

pessoas que não têm casa própria; são locatários, possuidores de imóvel residencial alheio”, sendo esta uma razão para que a mesma seja protegida até mesmo contra o proprietário^{861 862}.

Ao comentar o § 4º, do artigo 1.228, do Código Civil, expõe Barroso o destaque a importância da posse nos dias atuais, afirmando que a nova hipótese de desapropriação judicial privada, mesmo tendo “assento na função social da propriedade”, concretiza mais “os fundamentos da posse *pro labore* ou posse trabalho, deixando notório que a nova Lei civil optou pela superação do apego ao individualismo em proveito dos fins sociais a que está destinada a propriedade hodiernamente e pela recepção de princípios de natureza constitucional”⁸⁶³.

Diz o referido autor que “a intenção do legislador foi impedir que o proprietário inerte pudesse retomar, por meio de ação reivindicatória, o imóvel que cumpre a função social pelo trabalho empreendido pelos possuidores, antes que estes contassem a seu favor com o tempo necessário para alegar como exceção processual o usucapião ou mesmo que fossem beneficiados por planos de ocupação ou assentamento decorrentes de desapropriação (administrativamente)”⁸⁶⁴.

Explica Cassettari que, sendo a função social parte integrante do conceito de propriedade, o seu não cumprimento pelo titular ou o efetivo cumprimento de tal função pelo possuidor justifica a deflagração da desapropriação judicial, caso preenchidos os requisitos legais, justamente por ser este o comando constitucional

⁸⁶¹ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 975.

⁸⁶² Neste sentido, expõe Zavascki que o comando constitucional de cumprimento da função sócioambiental deve ser compreendido como sendo direcionados aos bens, “e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário”. Por tal razão, “os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social”, razão pela sua observância deve ser dada também – e especialmente – pelo possuidor (ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 844.

⁸⁶³ BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213.

⁸⁶⁴ BARROSO, Lucas Abreu. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: _____. (Org.) **A realização do direito civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213.

concretizado pela referida norma ⁸⁶⁵. Araújo afirma, inclusive, que a hipótese em questão contém implicitamente “o princípio de eticidade, ou seja, a possibilidade de se chegar à concreção jurídico através do princípio da operabilidade do Direito para atender o outro princípio da socialidade de modo efetivo”. O autor salienta que:

A jurisprudência vem construindo há muito tempo esse entendimento, hoje inscrito no Código, pois deve entender-se como aplicação do preceito máximo inscrito na Constituição e, sobretudo como efetivação de um dos Direitos Fundamentais, o direito à propriedade e mesmo porque se atendida ação reivindicatória, o Judiciário não poderia ficar “insensível” “às consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão de milhares de pessoas”⁸⁶⁶.

Vale consignar, todavia, entendimento em sentido contrário, exposto por Maluf. Entende o referido autor que “as regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba”⁸⁶⁷.

Afirma, ainda, que tais disposições “são agravadas pela letra do art. 10 e seus parágrafos da Lei n. 10.257, de 10-7-2001, conhecida como o Estatuto da Cidade, uma vez que nela é permitido que este usucapião especial de imóvel urbano seja exercido em área maior de duzentos e cinquenta metros, considerando área maior do que esta ‘extensa área’”, desde que “a população que a ocupa forme, mediante o requerimento do usucapião, um condomínio tradicional”, quadro que, segundo o referido autor, “aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, com já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular”⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Neste sentido: CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008, p. 112.

⁸⁶⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 250.

⁸⁶⁷ O autor é responsável pela atualização da obra de Washington de Barros Monteiro. MALUF, Carlos Alberto Dabus (atualizador). In: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86-87.

⁸⁶⁸ O autor é responsável pela atualização da obra de Washington de Barros Monteiro. MALUF, Carlos Alberto Dabus (atualizador). In: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86-87.

Tais argumentos foram rechaçados por Melo, ao afirmar que a desapropriação judicial privada, na verdade, consubstancia uma norma de “relevante interesse social, mormente para as grandes cidades e em áreas de notória ocupação, servindo por um lado para amenizar a angústia dos sem-teto e, ao mesmo tempo, servir como permanente estímulo a que o proprietário dê à terra à sua inarredável função social”⁸⁶⁹.

Após afirmar que discorda do pensamento de Maluf, Melo defende que “a norma em comento cumpre o comando normativo constitucional da função social da propriedade e apenas será aplicada para regularizar ocupações já consolidadas em que os ocupantes tenham dado, repita-se, uma destinação social e econômica relevante”⁸⁷⁰. Ou seja, não será um fundamento para a prática de condutas ilícitas e contrárias à determinação constitucional de cumprimento de função social, mas sim, um instrumento para a concretude desta função nas hipóteses em que a posse já consolidou uma situação fática representativa dos anseios econômicos, sociais e ambientais.

Como anunciado no início do presente tópico, além da mencionada hipótese de desapropriação judicial, também realizam a função socioambiental da posse as demais situações elencadas no presente capítulo, que tipificam desapropriações judiciais privadas criadas pelo Código Civil em vigor, seja de forma direta, seja indiretamente.

Neste sentido, destacam Chaves e Rosenvald, apesar de os direitos de vizinhança terem como objeto a tutela dos interesses privados dos vizinhos, as referidas normas também concretizam, de forma mediata, princípio da função social da propriedade, “eis que a preservação da harmonia entre vizinhos permite que cada propriedade seja objeto do mais amplo uso e fruição, podendo assim alcançar os seus objetivos econômicos ao mesmo tempo em que preserva interesses sociais”⁸⁷¹. Esclarecem os autores que não se deve confundir os direitos de vizinhança com

⁸⁶⁹ MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

⁸⁷⁰ MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

⁸⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5

o princípio constitucional da função social da propriedade, pois, embora ambos “relativizam a propriedade, aliviando a sua carga egoística”, atuam perante limites distintos. Vejamos:

Os direitos de vizinhança são limites externos à propriedade, pois impõem aos proprietários obrigações que acautelam interesses de vizinhos, evitando o uso anormal, abusivo e excessivo da propriedade, segundo a sua destinação e localização. Já a função social implica limites internos à propriedade, pois ingressa em sua própria estrutura e conteúdo, condicionando o exercício do direito subjetivo à satisfação de condutas positivas (obrigações de fazer) calcadas no próprio aproveitamento do bem e na conciliação dos interesses individuais do titular com as expectativas sociais sobre a destinação da propriedade⁸⁷².

Não obstante o exposto, “o redimensionamento da propriedade-instituição para a propriedade-instrumento, acentuadamente voltada à satisfação de interesses não proprietários, conduz o titular do bem, mais do que nunca, a exercer condutas que privilegiem o interesse social, ampliando-se a utilização do imóvel”, quadro que provoca uma releitura da teoria dos direitos de vizinhança, voltado especialmente para os problemas coexistenciais no âmbito urbano⁸⁷³.

Apesar de as razões expostas serem direcionadas para o regime do direito de vizinhança, também servem para justificável, no referido contexto, a previsão de inversão da regra *superficies solo cedit*, a permitir que a acessão defina a sorte do imóvel principal, inclusive, mediante da transferência forçada da propriedade por meio da desapropriação judicial privada prevista no artigo 1.255, parágrafo único, do Código Civil, repetida nos artigos 1.258 e 1.259, do mesmo Diploma Legal.

Servem, ainda, como justificativa para a defesa do interesse público, representativo dos interesses sociais e econômicos, previsto no artigo 1.278 conjugado com o artigo 1.277, ambos do Código Civil, que pode ensejar mais uma hipótese de desapropriação judicial privada.

Do que foi exposto no presente capítulo sobre as espécies de desapropriações

ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 610.

⁸⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 626.

⁸⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. v. 5. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 626.

denominadas judiciais privadas, atualmente previstas ou admitidas no ordenamento civil, é que as mesmas são imprescindíveis para se extrair os elementos mínimos essenciais para a identificação da destinação capaz de consagrar o bem ao interesse social, necessário para a defesa da existência de uma desapropriação indireta judicial privada, decorrente, sobretudo, da concretude da função socioambiental da posse e do princípio da dignidade humana, tendo como meta a realização dos direitos fundamentais à moradia e à propriedade, este como expressão do mínimo existencial.

5 A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA, DECORRENTE DA AFETAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL

5.1 REAPRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O escopo deste capítulo é o exame da possibilidade do reconhecimento judicial da ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais.

A mencionada afetação da propriedade privada será analisada diante do exercício da posse qualificada objetivamente, tendo em vista o cumprimento da função socioambiental imposta constitucionalmente, capaz de consolidar a situação fática ao ponto de não mais ser possível o restabelecimento do quadro original, ao menos não sem a grave lesão – ou até mesmo a supressão – de direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana.

Referida abordagem será realizada tendo como foco os direitos fundamentais i) de posse qualificada pelo cumprimento da função socioambiental; ii) de propriedade privada, que também deve ser qualificada pela função socioambiental; iii) à propriedade privada; iv) à moradia digna, em seu sentido positivo; e v) de moradia, em seu sentido negativo.

A análise dos mencionados direitos fundamentais segue a premissa de que todos possuem intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas na perspectiva voltada para impor limites frente a uma atuação pública ou privada, mas também, para a garantia do mínimo vital à existência humana, inspirada no dever fundamental de solidariedade constitucionalmente estabelecido.

Todos os referidos direitos fundamentais consubstanciam comandos de otimização que, na hipótese concreta de desapropriação (judicial, privada e indireta) de uma propriedade privada, podem ser concretizados segundo graus distintos, tendo em vista a inevitável colisão entre os mesmos, já que estarão, no caso concreto, em posições jurídicas antagônicas.

O que se pretende expor é a possibilidade do reconhecimento judicial da hipótese de desapropriação privada indireta, a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, que identifiquem, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação tratadas por Alexy, a existência de prevalência dos princípios da função social e da dignidade humana sobre o princípio da propriedade privada, notadamente pela realização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia, garantidores, na hipótese, do mínimo existencial.

A relevância da abordagem apresentada está no possível enriquecimento da fundamentação jurídica costumeiramente utilizada nas lides forenses que envolvem o tema, bem como para reforço da legitimação das referidas decisões judiciais, pois admite, a exemplo do que ocorre em relação à intervenção pública na propriedade privada, a tipificação, mesmo em caráter excepcional, de uma hipótese de desapropriação indireta, de natureza privada.

Tal reconhecimento, todavia, não decorre da ação ou omissão do Poder Público em relação às ocupações ou invasões da propriedade particular – fundamento que constantemente justificam importantes julgamentos sobre o tema –, mas sim, e essencialmente, do reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social, fundamentado a partir do texto constitucional.

É que o reconhecimento da afetação – e, conseqüentemente, da desapropriação privada –, decorre da aplicação direta da Constituição Federal, a partir da regra exposta no artigo 5º, inc. XXIV – que permite a intervenção da propriedade privada por interesse social, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro –, bem como da premissa de que, ao prever que a lei estabelecerá o respectivo procedimento, a Constituição não exclui a possibilidade de a identificação do interesse social, no caso concreto, ser extraída a partir da aplicação dos princípios e regras de direitos

fundamentais constantes do próprio texto constitucional, tal como se depreende dos artigos 1º, incs. II e III, 3º, incs. I, III e IV, 5º, incs. XXII e XXIII, 6º, *caput*, 170, incs. II e III, 182, 184, *caput*, 186, e 225, *caput* e § 1º.

As hipóteses de desapropriações privadas expostas neste trabalho são fundamentais para a demonstração de que, mesmo sendo tradicionalmente refratário às inovações que atinjam os direitos reais, passou o Código Civil a admitir, expressa ou implicitamente, que o interesse social e econômico relevante, aferido judicialmente, pode restringir a autonomia da vontade e a liberdade inerente à propriedade, quando voltado para a realização dos princípios da função social e da dignidade humana.

Todavia, o embasamento teórico que ampara a conclusão almejada decorre da aplicação dos princípios constitucionais que materializam os direitos fundamentais, amparada na teoria dos princípios colidentes e na máxima da proporcionalidade segundo o pensamento de Alexy, não apenas por permitir, por meio da técnica da ponderação, a aferição e controle da racionalidade dos argumentos suficientes para a justificação da medida de expropriação da propriedade, mediante a máxima otimização dos direitos de posse, à propriedade e à moradia, mas também por assegurar que tal medida não irá suprimir o direito preterido, pois assegurada a indenização correspondente ao núcleo mínimo do direito de propriedade.

Para se alcançar o escopo mencionado, é necessário o exame das questões mais sensíveis suscitadas em julgamentos que podem ser considerados paradigmas, nos quais houve – expressa ou tacitamente – o reconhecimento da ocorrência - ou possibilidade de ocorrência – da desapropriação indireta nos conflitos privados, bem como quais foram as principais circunstâncias fáticas, argumentos jurídicos e técnicas de julgamento que acabaram coincidindo nos conflitos selecionados, considerados relevantes ou essenciais para a justificação da utilização do regime peculiar e excepcional da mencionada hipótese de expropriação forçada da propriedade.

As referidas circunstâncias, argumentos e técnicas elucidam a aferição da prevalência de um ou mais direitos fundamentais em relação a outros, reconhecida

em todos os paradigmas que serão mencionados, expressando quais as possibilidades fáticas e jurídicas que foram consideradas necessárias para a aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como se suas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito foram empregadas.

A contribuição almejada, contudo, não diz respeito apenas a indicação dos critérios objetivos mínimos que já são utilizados para o enfrentamento de situações conflituosas, envolvendo interesses antagônicos entre possuidores e proprietários, mas também daquele que, segundo o pensamento aqui exposto, melhor justifica a vinculação, mesmo que excepcional, do Poder Público ao conflito eminentemente privado, qual seja: o referido reconhecimento judicial da afetação do bem privado ao interesse público, decorrente da consolidação da situação fática.

É que, sendo inevitável a aplicação de um sistema normativo aberto, enriquecido e complementado pela força normativa dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, torna-se importante o exame e a proposição de critérios utilizados no processo de julgamento das situações que envolvem a máxima tensão entre os direitos de posse e propriedade, já que os mesmos revelam os valores inerentes aos direitos fundamentais aplicados e legitimam as decisões judiciais, além de preservarem, minimamente, o princípio da segurança jurídica.

A tipificação da afetação, neste contexto, complementa os elementos fáticos e argumentos jurídicos já utilizados pelos Tribunais, merecendo destaque por enfrentar um dos pontos mais sensíveis da utilização do regime da desapropriação nas relações privadas, pertinente à responsabilização do Poder Público pelo pagamento da justa e prévia indenização correspondente ao direito fundamental de propriedade.

A abordagem desenvolvida no transcorrer deste trabalho também se distingue daquelas que acabaram sendo utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista que, com o reconhecimento da afetação da propriedade privada ao interesse social provocada pelo fato consumado, justificada a partir dos princípios que realizam direitos fundamentais, torna-se legítima a responsabilização do Poder Público pela compensação do núcleo essencial mínimo da propriedade privada

atingida, notadamente diante da concretude do interesse público, voltado para a realização e promoção dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, descritos pela Constituição Federal (arts. 1º e 3º).

Como resposta definitiva ao questionamento sobre a possibilidade do reconhecimento judicial da ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada provocada pelo fato consumado, será exposta a conclusão de que existe tal possibilidade fundamentada no interesse social extraído diretamente da Constituição, a partir da concretização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia, por meio do exercício da posse qualificada pela função socioambiental e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2 A SINGULARIDADE DOS CONFLITOS EXPOSTOS NOS JULGADOS ENVOLVENDO A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE POSSE, PROPRIEDADE E MORADIA

Ao examinar alguns precedentes que foram mencionados no curso do presente trabalho como representativos da posse qualificada pela moradia e da ocorrência do fato consumado, é possível extrair as principais circunstâncias fáticas e jurídicas que identificaram as peculiaridades de certos conflitos envolvendo a posse, a propriedade e a moradia, nos quais ocorreram soluções distintas daquelas previstas no ordenamento para situações não excepcionais – decorrentes de demandas reivindicatória, reintegratórias, de acessão inversa ou de usucapião –, notadamente por exteriorizarem peculiaridades ausentes nos demais casos julgados.

Para se alcançar as referidas soluções, foram – e ainda são – utilizadas a máxima da proporcionalidade e a técnica da ponderação, por meio dos quais foram reconhecidas a prevalência dos direitos fundamentais que integram o mínimo existencial e realizam os princípios da função social e dignidade humana (posse e moradia, principalmente), preterindo-se, nos casos examinados, o direito fundamental de propriedade (princípio da propriedade privada), com a ressalva de

ser garantido ao titular da propriedade uma espécie de resultado prático equivalente⁸⁷⁴, capaz de compensar a agressão ao núcleo mínimo do seu direito fundamental de propriedade.

Não obstante a constatação de elementos e argumentos coincidentes nos casos paradigmáticos estudados, de utilidade inequívoca e já anunciada no curso do trabalho, a compreensão e aplicação do fenômeno da afetação, tratado tradicional e hodiernamente como sendo a consagração do imóvel privado ao interesse público, também contribuirá para, conjuntamente com os critérios já utilizados, solucionar os conflitos que envolvam um quadro social já estabilizado.

É que, diante da colisão entre direitos fundamentais individuais e coletivos, a configuração da afetação pode ensejar o reconhecimento de que, nas relações privadas, sobressai o interesse social previsto constitucionalmente, assim considerado pelo julgador do conflito para a garantia de direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, concretizadores da função social e dignidade humana.

Os critérios que são usados na maioria dos precedentes que tratam do quadro conflituoso entre a posse, a propriedade e a moradia, são, conforme dito, coincidentes e suficientes para indicar as circunstâncias fáticas e jurídicas que foram, minimamente, eleitas pela jurisprudência como determinantes para a apuração dos valores constitucionais que se sobrepõem àqueles provenientes do direito de propriedade, tal como se verifica do julgamento da invasão ocorrida na cidade de São Paulo, que ensejou a consolidação da denominada “Favela Pullman”.

Referido julgamento foi realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em dezembro de 1994, oportunidade em que foi negado o pedido sob o fundamento de que os terrenos urbanos foram tragados pela favela, tendo a situação fática se consolidado ao ponto de impossibilitar qualquer retomada dos imóveis originais, quadro que fez desaparecer o direito de reivindicá-los, julgamento amparado no

⁸⁷⁴ Explicitamente neste sentido, vide: STJ - REsp 1302736/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016.

princípio constitucional da função social⁸⁷⁵.

Na referida oportunidade, foi exposto que, embora existisse um loteamento registrado em 1955, os respectivos terrenos foram sendo ocupados ao ponto de transformar o local em uma favela, inclusive, com o apoio do Poder Público, transformando o quadro fático de forma substancial ao ponto de considerar a situação irreversível, pois o loteamento não passava de mera abstração jurídica⁸⁷⁶.

Foi argumentado que a favela que surgiu no local já tinha vida própria, dotada de equipamentos urbanos, onde já viviam centenas ou milhares de pessoas, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade, comércio ativo, serviços prestados, barracos vendidos, comprados, alugados, comprovando que o primitivo loteamento já não existia mais.

Por tais razões, foi exposto que não seria - fático e juridicamente - possível julgar o processo abstraindo a nova realidade urbana, ou seja, o novo contexto social, no qual restava completamente esvaziado o direito de propriedade original, com a ressalva de que o desalojamento forçado de centenas de pessoas já inseridas na comunidade urbana já consolidada, ensejaria um problema social ainda mais grave.

Por fim, foi destacada a negligência do titular do direito de propriedade, autores da referida ação, em manifesta conduta antissocial, pois os imóveis reivindicados ficaram praticamente abandonados por mais de vinte anos, dando margem para a consolidação da situação fática, especialmente em uma cidade em expansão populacional e com problemas gravíssimos de habitação, ressaltando que a garantia da propriedade foi neutralizada pelo princípio constitucional da função social, restando, apenas, a eventual pretensão indenizatória contra quem de direito⁸⁷⁷.

O julgamento demonstra a singularidade do caso examinado, pois não representava o típico conflito urbano envolvendo a posse, a propriedade e a moradia, no qual

⁸⁷⁵ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94. Ementa e votos disponíveis em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁷⁶TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

⁸⁷⁷TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94.

ocorre a postulação de reintegração ou reivindicação, contra uma ocupação ou invasão promovida por uma ou mais pessoas, dentro de um contexto de normalidade, ou seja, sem a negligência da vítima da agressão, do incentivo do Poder Público ou da consagração do bem a um interesse público.

Em tais situações consideradas corriqueiras, não se cogita que a ocupação de um imóvel privada por invasores, por si só, provoque a mitigação do direito de propriedade ou a afetação do bem a um interesse público, até mesmo como forma de se impedir atos semelhantes em manifesta ilegalidade. A única hipótese semelhante que se admite é a proveniente da desapropriação pública indireta, com a observação de que, nesta hipótese, a ocupação e o esbulho são praticados pelo Poder Público normalmente em prol do interesse social.

No caso exposto, contudo, é distinta, pois foi apurado que a reintegração de posse solicitada consubstanciava, em termos fáticos, o desalojamento de centenas de pessoas que já estavam inseridas em uma comunidade, onde tais pessoas moravam e trabalhavam com o mínimo de dignidade, tendo a reintegração, portanto, o potencial de suprimir tais direitos fundamentais, em favor da realização do direito fundamental de propriedade.

A solução do caso ocorreu mediante a ponderação entre os princípios e direitos envolvidos, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas que podem ser traduzidas como: i) a consolidação fática de uma favela, onde as pessoas que poderiam ser atingidas com a ordem judicial moravam e trabalhavam; ii) a concretização da função social por meio da posse qualificada por tal moradia e trabalho; iii) a estabilização social representativa de uma segurança jurídica mínima; iv) o contexto urbano em que os fatos ocorreram, qual seja, em uma cidade em franca expansão populacional e com graves problemas sociais; v) a conduta negligente dos proprietários, decorrente do abandono por anos dos terrenos, dentro do contexto urbano exposto; vi) a instalação, pelo Poder Público, de equipamentos urbanos favoráveis à identificação e consolidação da comunidade; e, por fim, vi) o impacto social que o deferimento da reintegração de posse provocaria.

Referidos argumentos foram objeto de ponderação para se aferir se a medida

reintegratória deveria ou não ser deferida, expondo, mesmo que de forma implícita, a aplicação da máxima da proporcionalidade, ao menos segundo os padrões argumentativos considerados essenciais na ocasião. A conclusão foi de que não poderia ser deferida a medida requerida, restando ao proprietário o direito de indenização correspondente ao núcleo essencial da propriedade, a ser postulado contra quem de direito.

Já na ação possessória movida por uma empresa arrendatária de um imóvel contra possuidores denominados “sem-terra” que haviam invadido o local, julgado em 1998 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos do Agravo de Instrumento nº 598360402, entendeu o Tribunal que deveria ser suspensa a ordem liminar de reintegração de posse, pois, embora presentes os requisitos legais para a medida, não seria possível desconsiderar o fato de a demanda versar sobre direitos fundamentais, garantidores do mínimo social das seiscentas famílias que lá estavam acampadas, notadamente diante da precedência de tais direitos em relação àquele puramente patrimonial da empresa autora⁸⁷⁸.

Constou do acórdão relativo ao julgamento a necessidade da preservação do direito à propriedade como garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão, mesmo no caso de imóvel produtivo, realçando que a produtividade, por si, não era expressão da função social, sendo ainda essencial o pagamento de débitos fiscais junto à União, tanto que o imóvel estava penhorado a favor do INSS⁸⁷⁹.

Os detalhes do referido julgamento são encontrados na obra de Afonsin, na qual é possível extrair trecho de um dos votos, que relata, de forma explícita, que a solução

⁸⁷⁸ TJRS. Agravo de Instrumento Nº 598360402. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁷⁹ TJRS. Agravo de Instrumento Nº 598360402. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. 06/10/1998. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=DIREITOS+FUNDAMENTAIS+DAS+600+FAMILIAS&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 17 set. 2016.

foi encontrada por meio da ponderação entre: i) “o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas”; ou ii) “a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo social) das seiscentas famílias dos sem-terra que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir”⁸⁸⁰.

Consta de um dos votos proferidos no julgamento, que a Constituição Federal condiciona a garantia dos direitos de propriedade e posse ao atendimento da função social, sendo que, em relação à terra, “deve atender não apenas ao sentido funcional direito, de ser produtiva, senão, também, a um sentido oblíquo, considerando o tempo e o lugar que os fatos se dão, de garantir o abrigo seguro, a casa, a moradia e o sustento do povo, que em exame mais teleológico, é seu verdadeiro senhor”⁸⁸¹.

Apesar da referência de que a colisão narrada era entre os direitos patrimoniais e o direito fundamental à propriedade, ficou exposto da argumentação utilizada no julgamento, que, na verdade, havia colisão entre o direito de propriedade, considerado como expressão de natureza patrimonial, e o direito à propriedade, como expressão do mínimo existencial, tendo a solução levado em consideração que, embora fosse produtiva a propriedade, a mesma não esta cumprindo a sua função social, pois existiam débitos fiscais e penhoras sobre o bem.

Julgamento semelhante foi realizado pelo mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2000, nos autos da Apelação Cível nº 597163518, no qual ficou decidido que era improcedente o pedido formulado nos autos da ação reivindicatória, na qual foi formulado o pedido de imissão na posse de uma área na qual viviam, há mais de vinte e dois anos, centenas de famílias, com a consolidação de um verdadeiro bairro no local, inclusive com inúmeros equipamentos urbanos.

Constou do acórdão que a função social é elemento constitutivo do direito de

⁸⁸⁰ Trecho extraído da obra: AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 253-254.

⁸⁸¹ Trecho extraído da obra: AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 254.

propriedade, devendo ser aplicado no caso a ponderação dos valores em conflito, notadamente quando examinada a transformação da propriedade em questão (gleba rural), com a perda das suas qualidades essenciais, e “as consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz”^{882 883}.

O julgado também evidenciou a ponderação entre o direito de propriedade e o direito à propriedade, tendo como ponto de desequilíbrio tanto a função social que restou manifesta por meio do exercício qualificado da posse, quanto a consolidação da situação fática decorrente de circunstâncias semelhantes às que foram narradas no julgado relativo à Favela Pullman, exposto inicialmente.

Os argumentos expostos nos referidos precedentes pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio Grande do Sul foram utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos que também podem ser considerados paradigmas, oportunidades em que foram consignados praticamente os mesmos critérios para a formação de um juízo de valor considerado excepcional, tendo em vista as singularidades dos conflitos envolvendo direitos fundamentais relacionados à posse e à propriedade.

É o que se verifica do julgamento ocorrido em dezembro de 1999, quando o referido Tribunal Superior examinou o Recurso Especial nº 235773/RJ, no qual estava sendo analisada uma ação de indenização por desapropriação indireta, movida pelo proprietário de uma área invadida no Estado do Rio de Janeiro que, mesmo tendo vencido uma ação possessória para a desocupação do imóvel, acabou não conseguindo cumprir o julgado tendo em vista a interferência do Poder Público, motivada por aspectos sociais envolvidos⁸⁸⁴.

Menciona o referido julgamento que o proprietário do imóvel invadido adotou todas as medidas necessárias para defender a sua propriedade, tendo sido vitorioso na

⁸⁸² Trecho extraído da obra: AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 254.

⁸⁸³ TJRS. Apelação Cível nº 597163518. 6ª Câmara Cível. 27/12/2000.

⁸⁸⁴ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso em: 17 set. 2016.

ação possessória movida contra os ocupantes. Não obstante, no momento de cumprir o julgado, ocorreu a intervenção do Município que, em razão do grave problema social, pediu a suspensão da ordem em busca de uma solução alternativa. Constatou, ainda, que os representantes do Município não somente impediram a reintegração, como ainda estimularam a ocupação da área ao ponto de provocar novas invasões e causar a irreversibilidade do quadro social⁸⁸⁵.

Também foi consignado que a conduta do Município no caso concreto não foi de simples omissão quanto ao impedimento da invasão, mas sim, de manifesto apoio à invasão, ao ponto de assumir a responsabilidade de oferecer condições de infraestrutura de esgoto e luz para que a população assentada fosse atendida em suas necessidades, justificando o êxito da desapropriação indireta, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça rejeitou o recurso que tinha o propósito de impedir o êxito da ação⁸⁸⁶.

A argumentação exposta neste julgado se diferencia daquela contida nos demais anteriormente analisados, pois examina apenas a possibilidade de condenação do Poder Público, decorrente de sua conduta em relação à desocupação de área urbana, determinada judicialmente em uma ação possessória. Tal análise, contudo, é relevante para se aferir qual a postura considerada pelo Superior Tribunal de Justiça como suficiente para identificar uma desapropriação indireta.

Já em junho de 2005, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 75.659/SP⁸⁸⁷, no qual se buscava a reforma do já mencionado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pertinente à denominada Favela Pullman (Apelação Cível 212.726-1-4/TJSP), oportunidade em que foram ratificados os mesmos argumentos já expostos quanto ao caso⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁸⁶ STJ. Resp nº 235773/RJ (1999/0097036-5). Rel. Min. José Delgado. 14/12/1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8327698/recurso-especial-resp-235773-rj-1999-0097036-5>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁸⁷ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/relatorio-e-voto-12956707>>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁸⁸ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª Turma. j. 21.06.2005. Fonte DJ 29.08.2005.

Na oportunidade, também foi salientado que o direito de propriedade não é absoluto, ocorrendo a sua perda em caso de abandono, tal como verificado no caso em questão, no qual restou provado que o loteamento em questão sequer foi concretamente implantado, dando ensejo à paulatina favelização, “com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística”⁸⁸⁹.

Desta forma, foram ratificadas as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas utilizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o reconhecimento, naquele feito, da precedência do direito à moradia e dignidade humana sobre o de propriedade, inclusive no que se refere ao esvaziamento deste direito provocado pelo exercício contínuo e estável da posse qualificada.

Adotando pensamento semelhante, o mesmo Tribunal Superior julgou, em outubro de 2009, o Recurso Especial nº 1144982/PR, afirmando ser indevida a cobrança do imposto sobre a propriedade rural incidente em imóvel objeto de invasão pelo movimento “sem terra”, tendo em vista a perda do domínio e dos direitos a ele inerentes, apurada a partir do princípio da proporcionalidade⁸⁹⁰.

Na referida oportunidade, foi ratificado o entendimento de que a invasão do imóvel ocorrido desde 1987 provocou o completo esvaziamento do direito de propriedade, tendo como causa a efetiva violação, pelo Poder Público, dever constitucional do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais, em especial a propriedade⁸⁹¹.

Compreendeu o Tribunal Superior que ocorreu a violação aos princípios básicos da razoabilidade e da justiça, pois, concomitantemente à referida omissão do Estado em relação à garantia de propriedade, o mesmo exerceu a sua prerrogativa de constituir o imposto sobre imóvel expropriado por particulares, em evidente *venire*

⁸⁸⁹ Recurso Especial nº 75.659 – SP (1995/0049519-8). Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª Turma. j. 21.06.2005. Fonte DJ 29.08.2005.

⁸⁹⁰ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁸⁹¹ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009.

*contra factum proprium*⁸⁹².

Consta ainda do julgado que a propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, quadro não verificado no caso concreto em razão da invasão pelo movimento social, cuja consequência foi a perda de praticamente todos os referidos elementos, já que suprimiu a posse, impossibilitando o uso, a fruição, a geração de renda ou qualquer benefício ao titular⁸⁹³.

Também como consequência, expôs o julgado que o proprietário ficou impossibilitado de cumprir a função social da propriedade, que pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente e o pagamento de impostos etc, razão pela qual, na peculiar situação dos autos, considerou inexigível o ITR ante o desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade⁸⁹⁴.

Tal julgado apresenta uma argumentação também focada na conduta do Poder Público que, apesar de não ter atuado para a proteção do direito de propriedade – fato que contribuiu para que não fosse possível o cumprimento da função social –, promovia a cobrança de tributos vinculados à mesma propriedade. O exame realizado pelo Tribunal também identifica os critérios para se aferir a conduta do Poder Público, relacionada à proteção do direito de propriedade, que pode influenciar o desfecho de hipóteses semelhantes.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a enfrentar situações parecidas às que já foram narradas. É o que se denota dos julgamentos do IF nº 92/MT, em fevereiro de 2010, e do REsp 1302736-MG, ocorrido em maio de 2016. Todavia, referidos julgamentos demonstraram maior refinamento na aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, demonstrando o esforço do Tribunal

⁸⁹² STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009.

⁸⁹³ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009.

⁸⁹⁴ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009.

para apresentar um discurso racional no enfrentamento da colisão de direitos fundamentais.

Nos autos do IF nº 92/MT, o referido Tribunal Superior examinou o pedido de intervenção federal decorrente do descumprimento de uma ordem judicial pelo Governador do Estado, que determinava a desocupação de um imóvel de quase 500 mil metros quadrados que deu origem ao Bairro Renascer, em Cuiabá, Mato Grosso, no qual residiam há mais de dez anos aproximadamente 1000 famílias⁸⁹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido após aplicar o princípio da proporcionalidade e a ponderação de direitos fundamentais, tendo em vista a prevalência da dignidade humana em face do direito de propriedade, podendo o impasse ser solucionado por outros meios menos traumáticos⁸⁹⁶.

Consignou o Ministro Relator do caso que foram prestadas informações pelo Governador do Estado de Mato Grosso em 15 de março de 2005, afirmando que a área em litígio estava ocupada por mais de 3.000 mil pessoas, com um total de 1.027 habitações, demonstrando que, além da imensa dificuldade de desocupação, o cumprimento da ordem ensejaria “imprevisíveis consequências trágicas que a utilização de força policial poderia acarretar não só à região ocupada, mas a todo o município de Cuiabá”⁸⁹⁷.

Segundo o Relator do caso, constava dos autos, como motivos do não cumprimento da ordem judicial, que a desocupação da área com tantos moradores e com um número grandioso de construções não poderia ser efetivada sem acarretar um enorme transtorno urbano, razão pela qual era necessária a adoção de cautela, precaução e acima de tudo respeito aos atributos constitucionalmente consagrados da proporcionalidade e principalmente da razoabilidade.⁸⁹⁸

⁸⁹⁵ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8599726/intervencao-federal-if-92-mt-2005-0020476-3/inteiro-teor-13676312>>. Acesso em: 09 out. 2016. Disponível ainda em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500204763&dt_publicacao=04/02/2010>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁸⁹⁶ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁸⁹⁷ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁸⁹⁸ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

Constou do julgamento que a Subprocuradoria-Geral da República, inclusive, opinou, em um primeiro momento, contra o pedido de intervenção, por não ser conveniente ao "interesse social uma previsível tragédia, vitimando inocentes, e jogando ao desamparo mais de 1000 famílias, para atender aos interesses particulares dos credores"⁸⁹⁹.

Por tais razões, afirmou o Julgador que a solução da lide deveria ter por base o princípio da proporcionalidade, pois o caso encerrava, a toda evidência, um conflito de valores ou, em outras palavras, a ponderação de direitos fundamentais: "de um lado, o direito à vida, à liberdade, à inviolabilidade domiciliar e à própria dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da Constituição Federal); de outro, o direito de propriedade"⁹⁰⁰.

Afirmou, ainda, que, apesar de ser possível o emprego da força policial para se alcançar o objetivo desejado pelo recorrente, com a sua imissão na posse do imóvel, tal medida não seria adequada, pois "existiam outros meios de compor a propriedade privada da credora, por exemplo, fazendo uma desapropriação ou resolvendo-se em perdas e danos, e muito menos proporcional em sentido estrito, pelos fundamentos exaustivamente já expendidos, notadamente a prevalência da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade"⁹⁰¹.

Vale, ainda, mencionar alguns argumentos expostos pelos demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que participaram do referido julgamento, seja apoiando o voto condutor do acórdão, seja divergindo. Primeiramente, o relator foi acompanhado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, que fez questão de ratificar o entendimento que já havia manifestado no julgamento do Recurso Especial n. 75.659/SP, pertinente ao já citado caso da Favela Pullman, expondo que, mesmo não sendo um pertinente ao pedido de intervenção, foi examinada a situação de uma área que havia sido favelizada, tendo o Tribunal Superior concluído que havia ocorrido o perecimento do próprio direito de propriedade, "porque absolutamente

⁸⁹⁹ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰⁰ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰¹ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

irreversível, inclusive porque desnaturada fisicamente a própria área reivindicada”⁹⁰².

O Ministro recordou, inclusive, que “eram nove grandes lotes que haviam sido tomados por uma área de favela onde muitas famílias se instalaram”, sendo que “o próprio arruamento constante do loteamento original também havia se desfigurado por favela”, quando que, como dito, provocou “o perecimento do direito exatamente em função dessa inviabilidade que lá se instalou”⁹⁰³.

Em seguida, registrou o Ministro Luiz Fux que a referida questão judicial “exige uma solução que hoje é exigida por um novo momento da ciência jurídica, que é o momento do pós-positivismo, no qual se impõe a valoração dos interesses em jogo”. O Ministro também consignou que o voto condutor promoveu a ponderação dos valores, concluindo que o direito de propriedade “não pode ser mais importante do que o direito à vida, ao direito social, à moradia, que, na essência, encartam a tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme consta do preâmbulo da Constituição”⁹⁰⁴.

Houve divergência por parte dos Ministros Teori Albino Zavascki e João Otávio de Noronha. O primeiro sustentou que o Relator enfocou o aspecto da proporcionalidade utilizando um precedente de outra natureza, com diferenças substanciais da lide examinada no Recurso Especial. Disse que, “lá o conflito de valores é de natureza constitucional, estabelecido entre o princípio que norteia a intervenção federal e o que assegura a autonomia dos Estados (princípio federativo). Aqui, a situação é diferente, pois está sendo negado o pedido de intervenção sob o fundamento de que a sentença foi equivocada”⁹⁰⁵.

Por tal razão, discordou do Relator, pois o resultado do julgamento representaria uma autorização para que não fosse cumprida uma decisão judicial, posição com a qual discorda, registrando, inclusive, que, “em pedido de intervenção, não cabe restabelecer a discussão sobre a justiça ou a injustiça da sentença, ou sobre a sua eficácia ou não. Essa é matéria a ser debatida nas vias ordinárias (ou rescisórias, ou

⁹⁰² STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰³ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰⁴ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰⁵ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

executivas), com a participação das partes”⁹⁰⁶.

Referido entendimento foi acompanhado pelo Ministro João Otávio de Noronha, que acrescentou que “a posição do Supremo Tribunal Federal de não decretar intervenção no Estado quando deixa de honrar com o pagamento de uma dívida contribui para o desmerecimento do Poder Judiciário no Brasil, pois torna uma decisão judicial inócua”⁹⁰⁷. Prevaleceu, contudo, o entendimento exposto pelo Ministro Relator.

O que se observa do julgamento analisado é que estava sendo examinada a colisão entre i) dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à inviolabilidade domiciliar (“de moradia”), bem como do princípio da dignidade da pessoa humana; e ii) do direito de propriedade. Por tal razão, cosignou que a solução deveria ser alcançada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de Alexy⁹⁰⁸, seguindo o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, sem excluir qualquer dos direitos fundamentais, “expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro, com a aplicação das três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”⁹⁰⁹.

Mesmo tendo explicitado aparente equívoco quanto ao pensamento de Alexy⁹¹⁰, é

⁹⁰⁶ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰⁷ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹⁰⁸ A indicação da teoria de Alexy foi realizada por meio da referência a outro julgado, qual seja, o IF nº 2915-5, no qual ocorreu a menção expressa à sua teoria da ponderação e da proporcionalidade. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4403647&num_registro=200500204763&data=20100204&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 29 dez. 2016.

⁹⁰⁹ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹¹⁰ Consigna o Relator: “Trazendo, então, as três máximas do princípio da proporcionalidade para o caso concreto, podemos afirmar que o emprego da força policial, pode até ser necessária, pois trará o efeito desejado, ou seja, imitar na posse do imóvel a empresa, mas não será adequada, pois existem outros meios de compor a propriedade privada da credora, por exemplo fazendo uma desapropriação ou resolvendo-se em perdas e danos, e muito menos proporcional em sentido estrito, pelos fundamentos exaustivamente já expendidos, notadamente a prevalência da dignidade da pessoa humana em face do direito de propriedade”. Alexy, contudo, diz que a máxima da adequação veda que uma restrição a um princípio seja realizada sem que ocorra a otimização do outro princípio colidente, ou seja, veda qualquer restrição a direito fundamental que não provoque qualquer favorecimento a outro direito fundamental também aplicável ao conflito. Já a máxima da necessidade impõe o exame, dentre as restrições possíveis de serem aplicadas, qual a capaz de gerar a menor restrição possível ao direito fundamental, vedando que outra medida mais prejudicial seja aplicada (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Luís Afonso Heck [trad.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

possível extrair da argumentação apresentada nos votos proferidos pelos Ministros que atuaram no caso concreto, que a aplicação da proporcionalidade e da ponderação ocorreu, inicialmente, por meio do exame das possibilidades fáticas inerentes às máximas da adequação e necessidade, objetivando aferir se a medida requerida de intervenção federal – que, no caso, ensejaria a desocupação de aproximadamente mil famílias que residiam na área conflituosa – evitaria sacrifícios necessários, mediante a confirmação de que i) a restrição dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à inviolabilidade domiciliar (“de moradia”), bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, provocará a máxima otimização do direito fundamental de propriedade (máxima da adequação); e de que ii) a medida de intervenção federal – e desalojamento de famílias –, é, dentre as medidas possíveis, a que causa menor restrição aos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à inviolabilidade domiciliar (“de moradia”), bem como do princípio da dignidade da pessoa humana (máxima da necessidade).

De fato, a medida desejada na ação corresponde a uma restrição capaz de otimizar o direito de propriedade, não configurando uma hipótese em que a intervenção no direito fundamental em nada repercute na otimização do direito fundamental prevalente. Contudo, em relação à necessidade da medida requerida dentre as que poderiam ser aplicadas, é possível extrair do julgado que o Tribunal Superior considerou excessiva a medida solicitada, afirmando ser possível compor o direito de propriedade por outros meios, como, por exemplo, com a realização da desapropriação ou mediante a apuração de perdas e danos⁹¹¹.

A análise realizada pelo Relator, como já exposto, incidiu sobre as chamadas circunstâncias fáticas, suficientes para a solução da colisão dos direitos e princípios no caso concreto, inclusive, mediante a garantia de compensação relativa ao núcleo essencial da propriedade. Todavia, o Relator do julgado também consignou que as circunstâncias jurídicas identificam a prevalência do princípio da dignidade humana sobre o direito fundamental de propriedade, demonstrando, no exame da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ter o princípio prevalente maior peso do que o princípio preterido. O Ministro Luiz Fux, inclusive, reforçou a argumentação relativa à

p. 110). Nesta obra, a máxima da adequação é chamada de máxima da idoneidade.

⁹¹¹ STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

ponderação aplicada em relação à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, afirmando que, mesmo sendo sagrado constitucionalmente, o direito de propriedade deve ceder lugar aos direitos à vida e à moradia, que concretizam a dignidade da pessoa humana⁹¹².

A ponderação foi realizada diante dos argumentos contrários expostos pelos Ministros vencidos, sob duas perspectivas, quais sejam, a ausência de confiabilidade dos valores atribuídos pelo relator – tendo em vista a utilização de argumentos empíricos e normativos extraídos de precedente não aplicável ao caso concreto – e que deveria ser dado maior peso ao princípio da segurança jurídica, mediante o cumprimento das decisões judiciais.

Prevaleceu, contudo, o entendimento favorável à prevalência dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à inviolabilidade domiciliar (“de moradia”), bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como defendido pelos Ministros vencedores.

Técnica semelhante foi apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1302736-MG, ocorrido em maio de 2016, que também examinou a colisão de direitos fundamentais envolvendo a propriedade privada, anunciando a aplicação da proporcionalidade e da ponderação. Ao examinar um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, decidiu o Tribunal Superior que deveriam prevalecer os direitos à moradia e ao mínimo social sobre o direito de propriedade, tendo em vista a realização dos princípios da função social e da dignidade humana⁹¹³.

No referido julgamento, foi exposto pelo Relator que o caso dizia respeito a uma invasão ocorrida em outubro do ano 2000, oportunidade em que foi requerida e obtida uma medida liminar de reintegração de posse, não tendo o mandado, contudo, sido cumprido em virtude da negativa da Polícia Militar de acompanhar a diligência. Foram interpostos recursos, apresentadas contestações de alguns réus

⁹¹² STJ. IF nº 92/MT. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 05/08/2009.

⁹¹³ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59625911&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

com informações sobre outras ações referentes à mesma área e, inclusive, informações sobre a existência de um Decreto Municipal de desapropriação em relação à área litigiosa, posteriormente cancelado⁹¹⁴.

Também foram realizadas audiências de instrução, requerimento e realização de perícias da área objeto da ação, tendo sido reconhecido na sentença que havia o direito à reintegração de posse. Todavia, não foi expedido o respectivo mandado de reintegração em razão da impossibilidade de seu cumprimento, notadamente diante transformação da área invadida em bairro onde vivem centenas de famílias, devidamente atendidas pela Municipalidade, no que respeita à infraestrutura⁹¹⁵.

O Relator do Recurso Especial expôs que o Tribunal de Justiça reformou o dispositivo da sentença para constar da decisão que deveria ocorrer a imediata reintegração de posse nas áreas onde estão assentados cada um dos réus identificados quando do ajuizamento da ação, limitada ao espaço físico da área ocupada por cada um deles. Quanto à área ocupada por terceiros que não foram partes na ação, bem como nos espaços físicos comuns e que revelam o interesse social e público, praças, vias, ruas, avenidas e passeios, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a sentença deveria ser mantida para reconhecer a impossibilidade da reintegração, aplicando-se a convolação em perdas e danos⁹¹⁶.

O Relator do Recurso Especial mencionou ainda o resultado do laudo pericial realizado no processo, dando conta de que ocorreu a consolidação da situação fática, tendo em vista as ruas existentes na área e os equipamentos públicos referentes às redes de energia, água e esgoto elétrica, além das edificações já sedimentadas, de forma que o conflito somente poderia ser resolvido mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e a ponderação⁹¹⁷.

Expôs o Relator que a lide demonstrava o conflito de interesses entre, de um lado, o particular que teve seu imóvel invadido e inutilizado, e, de outro lado, um grupo considerável de pessoas e famílias, que se instalaram na área invadida, “com o

⁹¹⁴ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹¹⁵ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹¹⁶ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹¹⁷ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

incontestável apoio do poder público municipal, já que, de acordo com os relatos técnicos colhidos, não vivem amontoados, de forma precária, mas ao revés, é comunidade organizada, do ponto de vista da infraestrutura básica”⁹¹⁸.

Mesmo sem adentrar na análise social da questão relativa à repartição de terras, urbanas ou rurais, tampouco uma análise sociológica da invasão perpetrada”, disse o Relator que o pedido de recomposição da situação fática por meio da reintegração de posse não poderia desconsiderado o surgimento e a consolidação do bairro, “onde inúmeras famílias construíram suas vidas, sob pena de cometer-se injustiça maior a pretexto de se fazer justiça”⁹¹⁹.

Também afirmou que o direito não mais admitia a proteção da propriedade no interesse exclusivo do particular, menosprezando os princípios da dignidade humana, da função social e da socialidade, devendo ser prestigiados os direitos fundamentais à moradia, ao mínimo existencial e à vida com dignidade para impedir, no caso, a reintegração da posse de toda a área objeto do litígio, já que a satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários recorrente seria às custas de “graves danos à esfera privada de muitas pessoas, famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, indivíduos irmanados por uma mesma herança cultural e histórica”⁹²⁰.

Tendo o imóvel originalmente reivindicado sido alterado pela realidade, ao ponto de dar lugar a um bairro com vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, e sendo manifesto o confronto entre o direito de posse do autor e o de moradia das diversas famílias, concluiu o Relator que deveria manter o acórdão recorrido que negou a reintegração desejada, como forma de impedir mais danos e consequências imprevisíveis e indesejáveis a retirada dos atuais ocupantes da área⁹²¹.

O entendimento exposto pelo Relator foi acompanhado por todos os Ministros que participaram do julgamento, merecendo registro o voto proferido pelo Ministro Raul

⁹¹⁸ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹¹⁹ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹²⁰ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹²¹ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

Araújo, pela especial afinidade com a abordagem que está sendo realizada no presente trabalho. Consignou o Ministro vogal que o caso em questão consubstanciava “uma típica desapropriação indireta por parte do Estado que se recusou a cumprir o mandado liminar de reintegração de posse, conferida pelo juízo da reintegração de posse, no momento em que, certamente, a situação não era irreversível”. Disse que a situação ocorre em todo o país, sendo comum a recusa da Polícia Militar em “dar cumprimento à ordem judicial para a retirada de invasores quando o número é de algumas dezenas de pessoas”, indicando que a invasão por um número de pessoas era suficiente para impedir a reintegração de posse⁹²².

Segundo o Ministro Raul Araújo, a recusa do Poder Executivo em dar cumprimento à ordem poderia ensejar a intervenção da União no Estado, pedido que poderia ser formulado perante o Superior Tribunal de Justiça. Contudo, como não ocorre, “o que se tem na prática é uma desapropriação indireta por interesse social, conforme previsto na Lei n. 4.132, de 10/9/1962”, que admite a desapropriação por interesse social quando decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social (art. 1º), definindo, como interesse social, “a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias” (art. 2º, IV). O Ministro afirmou que, no caso concreto examinado, não ocorreu a tolerância do proprietário, pois o mesmo tentou reagir, sendo inócua, contudo, a medida judicial buscada⁹²³.

Também registrou o Ministro vogal que, tendo o Poder Público se recusado a cumprir a ordem judicial, restaria à parte mover ação de desapropriação indireta objetivando o recebimento da indenização que lhe é devida por parte do Estado, sendo o caso examinado “mais um caso dentre outros tantos que estão a se repetir pelo País desde que se adotou a praxe de não se dar cumprimento a liminares de reintegração de posse ou de manutenção de posse nesses casos em que muitas pessoas avançam sobre a propriedade individual”. Por tal razão, o Ministro acompanhou o voto do Relator, acrescentando que é devida a indenização pelo Estado pelo direito de propriedade, como forma de compensar a frustração da tutela

⁹²² STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

⁹²³ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

jurisdicional por culpa do Poder Público, pois deu causa, com sua inércia em cumprir a decisão judicial, à consolidação da situação fática⁹²⁴.

Não obstante a relevância do tema tratado no julgado e do anúncio da aplicação tanto da máxima da proporcionalidade, quanto da técnica da ponderação utilizados no IF nº 92/MT, a solução do caso concreto foi obtida sem, contudo, a observância do discurso racional indicado no precedente. Entretanto, foram utilizados os critérios expostos no decorrer deste tópico, representativos das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificaram a conclusão, tais como: i) a consolidação fática de um bairro populoso sobre a área invadida, onde as pessoas que poderiam ser atingidas com a ordem judicial moravam e trabalhavam; ii) a concretização da função social por meio da posse qualificada por tal moradia; iii) a organização da comunidade instalada no local, sob o ponto de vista da estrutura básica; iv) a instalação, pelo Poder Público, de equipamentos urbanos favoráveis à identificação e consolidação da comunidade; e, por fim, v) o impacto social que o deferimento da reintegração de posse provocaria.

Deve ser registrado que o julgamento também promoveu a aplicação da máxima da proporcionalidade, ao concluir que a pretensão autoral poderia ser substituída por outra equivalente, relacionada à compensação pecuniária pela perda da propriedade em favor de pessoas que já estavam ocupando a área litigiosa e que sequer faziam parte do processo.

Todos os julgados descritos permitem a identificação de critérios e argumentos usados em caso de colisão de princípios ou direitos fundamentais, para fundamentar decisões que aplicaram a máxima da proporcionalidade e a técnica da ponderação, mesmo que não tenham explicitado de forma clara tal método de julgamento. Referidos critérios e argumentos são importantes para o exame das circunstâncias fáticas e jurídicas que podem justificar, mesmo que de forma excepcional, a afetação da propriedade privada ao interesse social, notadamente diante da consolidação de certas situações fáticas consideradas singulares. Também contribuem para a

⁹²⁴ STJ. REsp 1302736/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 12/04/2016.

aferição de uma confiabilidade sobre a atribuição de valores ou pesos que é realizada no caso concreto, por meio da técnica de balanceamento.

5.3 AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS QUE IDENTIFICAM CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA

Conforme tem sido destacado neste trabalho, a análise dos julgamentos referidos no tópico anterior permite a identificação de circunstâncias fáticas e jurídicas que, minimamente, podem ser consideradas suficientes para a solução de casos difíceis, nos quais ocorra a colisão dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, a exigir a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Referidas circunstâncias também podem identificar os critérios mínimos para a aferição da tipificação da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada pelo interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática que se tornou irreversível.

Pela afinidade de algumas das circunstâncias extraídas dos julgamentos examinados, torna-se possível o estabelecimento dos referidos critérios a partir i) da identificação da singularidade do caso concreto; ii) do comportamento omissivo ou comissivo praticado pelo Poder Público; e iii) do cumprimento da função socioambiental por parte dos interessados na solução ou responsáveis pelo conflito.

A pertinência da identificação das mencionadas circunstâncias fáticas e jurídicas, que consubstanciam critérios mínimos, decorre do anseio por segurança e previsibilidade jurídica, para o exame da afetação da propriedade privada ao referido interesse social, a justificar o reconhecimento da desapropriação privada indireta e, conseqüentemente, da utilização do respectivo regime jurídico, notadamente no que diz respeito à responsabilização do Poder Público pelo pagamento da indenização

suficiente para resguardar o núcleo essencial mínimo da propriedade expropriada.

Referidas circunstâncias fáticas e jurídicas não esgotam ou delimitam os limites para o reconhecimento da desapropriação privada indireta, servindo como parâmetros ou critérios a partir dos quais se obtém uma confiabilidade empírica e normativa sobre atribuições que estão sendo realizadas em casos fáticos nos quais já foi aplicada a máxima da proporcionalidade.

Em relação à singularidade do caso concreto, é possível identificar quais os elementos fáticos que distinguem os conflitos que foram analisados, daqueles considerados comuns, cujos julgamentos são submetidos à técnica da subsunção. A referida singularidade decorre da maior nitidez quanto a aplicação dos princípios constitucionais, seja no aspecto qualitativo, seja quantitativo, a exigir a aplicação da técnica da ponderação.

É possível notar dos paradigmas indicados que todos discutem o conflito entre a posse e a propriedade de imóveis, a partir da perspectiva constitucional, relativa à concretude dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, bem como dos direitos fundamentais de propriedade, à moradia, ao labor, à vida, à liberdade e à propriedade. Mesmo podendo gerar consequências contraditórias caso sejam concretizados concomitantemente, é percebido o caráter *prima facie* de todos os princípios e direitos, ficando o peso da concretude dependente das circunstâncias fáticas e jurídicas que ainda serão reveladas. Tal fenômeno não ocorre, ao menos em regra, em relação aos casos que não são considerados difíceis, nos quais é possível a utilização da técnica de subsunção, sob a égide do tudo ou nada.

Referida apuração, contudo, pode ser realizada de uma forma mais objetiva, tal como se denota da afinidade dos fatos narrados em praticamente todos os julgados referidos, por meio dos quais é possível notar: i) a presença de considerável número de pessoas, com alguma identidade econômica, cultural ou social; ii) a significativa extensão da área, suficiente para prover as necessidades básicas do considerável número de pessoas; iii) a existência de posse qualificada objetivamente, especialmente pela edificação de moradias ou realização de obras ou serviços relevantes econômica ou socialmente; iv) a estabilização do quadro fático e jurídico,

notadamente pelos aspectos econômico e social, normalmente comum em razão dos transcurso de algum lapso temporal ou das proporções da interferência no direito de propriedade; e v) o exercício de direitos civis, segundo uma mínima organização social e econômica, decorrente, normalmente, da circulação de bens e disponibilização de serviços básicos.

Praticamente todos os referidos elementos fáticos já foram abordados no decorrer deste trabalho, oportunidade em que foram destacadas manifestações doutrinárias sobre o que se define como conceitos vagos ou cláusulas gerais, que acabam exigindo o julgador um esforço argumentativo maior do que é realizado na aplicação de normas sem qualquer abstração ou generalidade, fechadas pela descrição de todos os seus elementos objetivos ou subjetivos. De qualquer maneira, os julgados sinalizam hipóteses em que se verifica um número considerável de pessoas, geralmente presentes em ocupações coletivas, nas quais não seja possível a identificação de pessoas ou condutas de forma isoladas, consideração que, inclusive, influenciou a disciplina das ações possessória ou petítoria prevista no novo Código de Processo Civil (art. 554, § 1).

De igual maneira, não há como se estabelecer, *prima facie*, o significado de área extensa. Porém, sinalizam os julgados que a extensa área deve ser mensurada, no caso concreto, a partir do considerável número de pessoas, ou melhor, a partir da sua potencialidade para a satisfação das necessidades básicas de considerável número de pessoas, suportando a edificação de moradias e a realização de obras e despesas relevantes social e economicamente, tal como favelas, bairros ou colônias, nas quais sejam assentadas famílias, sem restrição quanto a serem urbanas ou rurais.

Devem as pessoas exercer sobre a extensa área, isolada ou conjuntamente, uma posse qualificada objetivamente, assim considerada aquela enriquecida por valores sociais como a moradia, a habitação, o labor, o sustento, a proteção e a segurança própria ou de suas famílias, suficientes para exteriorizar um interesse econômico ou social relevante, inclusive para o fim de se considerar estável sob o ponto de vista fático ou jurídico, podendo tal estabilidade também ser aferida pelo exercício rotineiro de direitos civis, segundo uma mínima organização social e econômica,

decorrente, normalmente, da circulação de bens e disponibilização de serviços básicos.

Não há como desconsiderar que a soma das referidas circunstâncias fáticas e jurídicas permitiram – e permitem – emergir diversos valores, princípios e direitos em tese incidentes no caso de um conflito com o proprietário de toda a área, praticamente todos decorrentes do princípio da dignidade humana, como o de liberdade, moradia, agasalho, refúgio, respeito e cidadania, a tipificar inequívoca excepcionalidade. Tais elementos, somados aos possíveis reflexos econômicos e sociais negativos para o caso de uma ordem de desocupação ou desalojamento de famílias e centenas de pessoas, acabam elucidando a singularidade que exige uma resposta diferenciada em caso de conflito de interesses entre tais possuidores e o titular do direito de propriedade. Foram tais elementos que coincidiram na maioria dos julgados expostos como paradigmas no presente trabalho, a ensejar a consolidação da situação fática e, conseqüentemente, a irreversibilidade das ocupações ou invasões promovidas na propriedade privada, exigindo dos Tribunais a aplicação da técnica de ponderação de valores segundo os critérios decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Porém, além dos elementos representativos da mencionada singularidade, também houve a coincidência em praticamente todos os julgados quanto ao comportamento peculiar do Poder Público, distinto de uma pura omissão em impedir as agressões ao direito de propriedade. Tal omissão também foi considerada relevante, tendo em vista a existência de um dever constitucional do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais, em especial a propriedade⁹²⁵. Todavia, os julgados demonstraram que o Poder Público se comportou positivamente no sentido de reconhecer e incentivar a ocupação, especialmente com a instalação de equipamentos urbanos, com a prestação de serviços e, principalmente, impedindo de certa maneira a desocupação, notadamente como forma de evitar problemas sociais futuros, já que teria que promover auxílio aos possuidores, caso desalojados.

⁹²⁵ STJ. REsp nº 1144982/PR. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 15/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6629674&num_registro=200901147493&data=20091015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

Apesar de existir argumento no sentido de que o Poder Público não pode ficar indiferente à situação precária normalmente constatada em caso de ocupações de áreas privadas, tendo o dever de assistir a todos os cidadãos que se encontram na referida situação em prol do bem estar da comunidade que de forma e sedimenta, foi constatado nos julgados que não ocorreu apenas o fornecimento de água e luz, serviços essenciais à sobrevivência dos possuidores, mas também a construção ruas, praças, passeios, posteamento, dentre outros, aproveitando-se, ainda, de obras e serviços realizados pelos possuidores em favor da urbanização, colaborando, decisivamente, para a deturpação ou esvaziamento do direito de propriedade, tornando irreversível a invasão. Por tais motivos, refletem os julgados a ideia de responsabilização do Poder Público, ao menos, pelo eventual ressarcimento ao proprietário do valor equivalente ao núcleo mínimo essencial da propriedade.

Vale ressaltar que o referido comportamento coincide, segundo entendimento que prevaleceu no julgamento do REsp 1302736-MG, ocorrido em maio de 2016, justamente com a hipótese de desapropriação por interesse social, por colaborar com a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social (art. 1º), visível na hipótese de manutenção de possuidores em terrenos urbanos, nos quais tenham edificado moradias, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias (artigos 1º e 2º, da Lei n. 4.132/62), com a ressalva de que, no referido caso, não ocorreu qualquer negligência do proprietário, mas sim, o apoio do Poder Público para a consumação dos fatos, tanto que, inclusive, negou-se a cumprir ordem de desocupação⁹²⁶.

Por fim, além dos elementos representativos da mencionada singularidade e atuação do Poder Público, também houve a coincidência nos julgados quanto à importância da concretização da função social da posse e da propriedade, verificada a partir do exame dos comportamentos manifestados pelas partes envolvidas nos conflitos, que contribuíram de alguma maneira para a consolidação da situação fática e estabilização do quadro social, ao ponto de torná-lo irreversível.

926

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60213773&num_registro=201102308595&data=20160523&tipo=4&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

Ficou evidenciado que a justa avaliação do caso concreto depende tanto do comportamento do possuidor diligente, que realiza obras e serviços em prol de sua moradia e sobrevivência, considerados judicialmente relevantes sob as perspectivas sociais e econômicas, quanto a conduta negligente do proprietário em relação ao mínimo necessário ao cumprimento da função social da sua propriedade, tal como se verifica na hipótese de abandono, notadamente diante da reconhecida tensão que envolve a colisão entre os direitos de posse, propriedade e moradia, com a ressalva de que, para ambas as situações, torna-se imprescindível a consideração das particularidades do local em que se encontra o imóvel e o momento em que as condutas são examinadas.

Vale ressaltar que, apesar de ser possível concluir, em alguns julgados, que ambas as partes interessadas agiram com a diligência necessária para a defesa de seus direitos, sendo atingidas ou favorecidas pela demora do julgamento da esfera jurisdicional ou pelo comportamento do Poder Público, conforme já narrado, a solução do conflito pode ocorrer, por exemplo, pela ausência de pagamento de tributos, considerado em alguns julgados como expressivo do descumprimento da função social da propriedade, dando margem para a precedência de outros princípios constitucionais.

Além da identificação dos elementos fáticos e argumentos jurídicos extraídos dos paradigmas expostos no presente trabalho, deve ainda ser destacado o método ou a técnica utilizada pelos Tribunais para rechaçarem a aplicação da consequência prevista no ordenamento para as situações consideradas rotineiras, favoráveis à imissão ou reintegração na posse por parte do proprietário ou possuidor, respectivamente, e aplicarem soluções diametralmente opostas.

É possível extrair dos julgados que os mesmos consideram imprescindível a interação entre o direito e a realidade no qual se enquadra, como condição eficácia e fundamento de legitimação, expressando o seu conteúdo ético-social a partir dos valores em discussão, representativos da função social e da dignidade humana, tal como exposto no conflito envolvendo a denominada Favela Pullman, no qual entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a decisão socialmente impossível de ser realizado também é juridicamente impossível de ser concedida, ou

seja, de nada serve uma decisão que jamais poderá ser realizada no mundo empírico, notadamente sob o aspecto social⁹²⁷.

Também demonstram que o julgamento de casos excepcionais exige uma técnica distinta da mera subsunção do fato à norma, por meio da qual seja possível a análise dos valores e princípios evidenciados nos autos em razão da colisão de direitos fundamentais. Exposto de forma explícita ou não, os julgados indicados como paradigmas utilizaram a técnica da ponderação de valores e o princípio da proporcionalidade, como forma de solução da colisão dos princípios da função social e da dignidade, de um lado, e da garantia de propriedade e da propriedade privada do outro lado, especialmente por concretizar direitos fundamentais como a moradia, a segurança e o sustento da pessoa, resguardando, ao final, o direito à indenização pelo núcleo essencial mínimo da propriedade, conforme também será explicitado no tópico seguinte, tendo como objetivo o reconhecimento da afetação da propriedade em razão do interesse social, causada pela consolidação da situação fática.

5.4 A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA INDIRETA DECORRENTE DA AFETAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL

Apresentados os critérios ou elementos mínimos e coincidentes nos julgamentos considerados paradigmas em relação aos conflitos entre posse e propriedade, tendo como fim a realização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, cumpre avançar no objeto central do presente trabalho, em prol de uma contribuição quanto ao enfrentamento tema.

Ao examinar o questionamento sobre a possibilidade de a posse qualificada pela moradia e pelo cumprimento da função socioambiental ensejar a afetação da

⁹²⁷ TJ/SP. Apelação Cível 212.726-1-4/SP. Rel. José Osório de Azevedo Júnior. 16/12/94. Ementa e votos disponíveis em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm>>. Acesso em: 17 set. 2016).

propriedade privada, pela consolidação da situação fática, e, conseqüentemente, dar causa à desapropriação judicial indireta, busca a presente tese expor não somente a possibilidade, mas também a necessidade de somar aos elementos já indicados o exame da afetação da propriedade privada ao interesse social, tendo como conseqüência a responsabilidade do Poder Público pela compensação pecuniária do proprietário.

O que se pretende sustentar, em termos de resposta final ao questionamento que é objeto deste trabalho, é que i) é possível o reconhecimento judicial da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada a um interesse social e econômico relevante, ocasionada pela consolidação de uma situação fática voltada para a realização de direitos fundamentais; ii) a mencionada afetação da propriedade privada decorre do exercício da posse qualificada objetivamente, tendo em vista o cumprimento da função socioambiental imposta constitucionalmente, capaz de consolidar a situação fática ao ponto de não mais ser possível o restabelecimento do quadro original, ao menos não sem a grave lesão – ou até mesmo a supressão - de direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana; iii) o reconhecimento da referida afetação consubstancia um pressuposto indispensável para a desapropriação privada indireta, configurando o produto da prevalência dos direitos fundamentais de posse, à propriedade privada e à moradia digna – responsáveis pela realização dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, bem como da garantia do mínimo vital à existência humana –, frente ao direito fundamental de propriedade; e que iv) tal precedência é aferida a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação segundo o pensamento de Alexy, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Tal resposta está fundamentada nas seguintes premissas básicas aplicáveis nas situações fáticas evidenciem a já referida colisão entre posse, propriedade e moradia:

1 - Se o sistema judicial brasileiro admite a desapropriação indireta não prevista no nosso ordenamento jurídico, decorrente da afetação da propriedade privada em prol da realização do interesse público, seguindo parcialmente – já que tanto o devido

processo legal, quando a justa e prévia indenização acabam sendo mitigados em razão da ausência do regular procedimento administrativo preparatório e do pagamento posterior à imissão na posse, por meio de precatório – o regime institucional da desapropriação direta por utilidade e necessidade públicas e interesse social, a mesma conclusão deve inevitavelmente ocorrer em relação à desapropriação judicial privada, possível no caso específico de interesse social e econômico relevante, reconhecido judicialmente, para se também admitir a desapropriação judicial privada indireta, provocada pela mesma motivação;

2 - O interesse social que ampara a afetação da propriedade privada e, conseqüentemente, o reconhecimento da desapropriação judicial indireta, é, a exemplo da desapropriação judicial privada direta positivada no ordenamento civil, aquele considerado relevante e irreversível pelo julgador segundo as particularidades do caso concreto, mediante tanto a valoração da moradia, labor, obras e despesas que foram realizadas pelos ocupantes em busca da concretude de direitos fundamentais e da dignidade humana, normalmente em favor de considerável número de pessoas de baixa renda, quanto da consolidação da situação fática;

3 - Mesmo sem referência à afetação decorrente do fato consumado, as decisões judiciais apresentadas como paradigmas neste trabalho reconhecem, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, a possibilidade de ocorrência da desapropriação judicial indireta, provocada especialmente por invasões ou ocupações urbanas, que acabaram sendo expressivas em termos da valoração do fenômeno possessório, bem como de concretização da dignidade humana por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais à propriedade e à moradia, consolidadas ao ponto de se tornarem, como dito, irreversíveis. Referidas decisões também atuam como fonte quanto à confiabilidade empírica e normativa, relacionada à atribuição de pesos concretos e em abstrato aos princípios colidentes;

4 - A indicação, já promovida, dos critérios objetivos mínimos, auxiliam no processo de enfrentamento da colisão de princípios, mediante o processo de ponderação de de direitos fundamentais, responsável pela aferição da precedência de um princípio

constitucional em relação a outro, ambos aplicáveis *prima facie* a situações envolvendo conflitos entre possuidores e proprietários, observada a premissa de que tal precedência será o produto da máxima da proporcionalidade e dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e que

5 - A precedência dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana em relação ao princípio da propriedade privada, deve sempre ocorrer mediante a compensação do proprietário, tendo em vista a garantia constitucional da justa e prévia indenização, mesmo em caso de descumprimento da função social, tal como ocorre em relação à desapropriação indireta pública, direito que somente pode ser mitigado em caso de previsão explícita na Constituição Federal.

A primeira premissa estabelecida apresenta coerência quanto a interpretação que tem sido realizada pela doutrina e pela jurisprudência, tanto sobre a chamada desapropriação pública indireta, decorrente de ato praticado pelo Poder Público, quanto da compreensão do espectro da nova hipótese de aquisição da propriedade prevista no Código Civil, denominada desapropriação privada.

Conforme exposto no decorrer do presente trabalho, mesmo sendo uma medida excepcional, é admitida a aplicação do regime jurídico da denominada desapropriação pública direta, na hipótese de esbulho possessório praticado pelo Poder Público em imóvel privado, capaz de provocar a consagração do referido bem à necessidade e interesse público, bem como ao interesse social, observadas as condições previstas no ordenamento infraconstitucional.

Em outras palavras, confirmado o esbulho possessório e a irreversibilidade da afetação do bem privado ao interesse público, fica configurada a denominação de desapropriação pública indireta, quadro que, em regra, é verificado e definido judicialmente, após exame dos pressupostos descritos pela doutrina e jurisprudência, quais sejam, a tomada da posse pelo Poder Público, qualificada objetivamente pela utilidade ou necessidade públicas, ou, ainda, pelo interesse social, além da irreversibilidade da situação fática decorrente justamente pela prevalência do interesse público sobre o individual.

Vale notar, por oportuno, que não consta dentre os referidos pressupostos a exigência do transcurso de um prazo mínimo de posse qualificada por parte do Poder Público, a ser observado para o reconhecimento da expropriação indireta pública, mas apenas, como já afirmado, o fenômeno da consagração do bem privado ao interesse público, que, na hipótese ser decorrente do interesse social, está associada a circunstâncias voltadas para uma justa distribuição e fruição da propriedade privada, em prol da coletividade, tal como descreve a legislação pertinente ao tema (Lei n. 4.132/62).

Embora não exista um prazo mínimo para a configuração da afetação da propriedade privada ao interesse público, tem sido admitida a aplicação de um prazo máximo correspondente ao da prescrição aquisitiva de dez anos, previsto no artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil, a partir do qual poderá ocorrer a transmissão da titularidade junto ao Registro Geral de Imóveis, decorrente da consumação da usucapião.

Outra ressalva importante em relação aos pressupostos para a tipificação da desapropriação indireta, é que há o reconhecimento de que deve ser assegurada ao titular do direito de propriedade a justa e prévia indenização correspondente ao valor do imóvel expropriado, que deverá ser providenciada não como condição para o exercício da posse, já consumado, mas sim, para a transferência formal do domínio, pagamento que será realizado por meio da formação de precatório judicial, com a incidência de juros compensatórios a partir da ocupação do imóvel (Súmula nº 69, do STJ), calculados sobre o valor do imóvel, acrescido com a correção monetária (Súmula nº 114, do STJ).

Mesmo sendo constitutiva a sentença que reconhece a desapropriação indireta, pode ser levada a registro junto ao Registro Geral de Imóveis, a condição da transferência da propriedade é, conforme exposto, o efetivo pagamento, mesmo que mediante a expedição de precatório.

Embora seja formalmente decorrente de um ato administrativo ilegal (esbulho possessório), responsável pela agressão à propriedade privada desprovida do devido processo legal, tal espécie de desapropriação é admitida por expressar um

interesse que se sobrepõe ao individual, que não deve ser visto como sendo da Administração Pública, mas sim, em prol do interesse público, quadro que não será avaliado de forma unilateral, mas sim, judicialmente, mediante um devido processo legal postecipado.

A referida avaliação judicial da afetação da propriedade privada pelo interesse público, fundamental para a ocorrência da desapropriação pública indireta, acaba sendo fruto da ponderação não somente entre interesse público e direitos fundamentais, mas também entre a função social promovida pelo titular do direito de propriedade e a função social praticada pelo Poder Público, neste caso, capaz de exteriorizar o que se considera utilidade ou necessidade pública, ou, por fim, o interesse social.

O que se propõe no presente trabalho é a aplicação da mesma interpretação doutrinária e jurisprudencial, agora em relação à denominada desapropriação judicial privada, de que é exemplo a hipótese positivada no Código Civil (art. 1.228, §§ 4º e 5º), reconhecendo-se a possibilidade, mesmo que excepcional, da ocorrência de uma afetação da propriedade privada decorrente de um esbulho possessório, também capaz de provocar uma desapropriação indireta, porém, privada. Ou seja, sendo admitida a desapropriação pública indireta não prevista no nosso ordenamento jurídico, decorrente da afetação da propriedade privada em prol da realização do interesse público, seguindo parcialmente o regime institucional da desapropriação pública direta por utilidade e necessidade pública, e interesse social, também deve ser admitida a desapropriação privada indireta não prevista no nosso ordenamento, decorrente da afetação da propriedade privada em prol da realização do interesse social (apenas este), seguindo parcialmente o regime institucional tanto da desapropriação privada direta por interesse social, quando da desapropriação pública indireta.

A afirmação segue a premissa que já foi exposta no decorrer deste trabalho, de que o reconhecimento da desapropriação judicial privada decorre da aplicação direta da Constituição Federal, a partir da regra exposta no seu artigo 5º, inc. XXIV, que permite a intervenção da propriedade privada por interesse social, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro.

É que, ao prever que a lei estabelecerá o respectivo procedimento, não exclui a Constituição que a hipótese de desapropriação por interesse social seja extraída a partir da realização, no caso concreto, dos princípios e regras de direitos fundamentais constantes do próprio texto constitucional, mais precisamente dos seus artigos 1º, incs. II e III, 3º, incs. I, III e IV, 5º, incs. XXII e XXIII, 170, incs. II e III, 182, 184, *caput*, 186, 225, *caput* e § 1º, que consagram os princípios da cidadania, dignidade humana e função socioambiental, bem como os direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para erradicação da pobreza e marginalização, além da promoção do bem de todos.

A referida premissa, inclusive, é justificada no reconhecimento da constitucionalidade da hipótese de desapropriação privada prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, que estabelece pressupostos para que ocorra a expropriação forçada da propriedade privada, a partir da definição judicial do que seja interesse social e econômico relevante no caso concreto, procedimento que depende justamente do exame da concretude dos princípios e regras de direitos fundamentais constantes dos artigos 1º, incs. II e III, 3º, incs. I, III e IV, 5º, incs. XXII e XXIII, 170, incs. II e III, 182, 184, *caput*, 186, 225, *caput* e § 1º, da Constituição Federal.

É possível perceber, portanto, que a condição essencial para o reconhecimento da desapropriação privada é a afetação da propriedade privada ao interesse social admitido constitucionalmente (art. 5º, inc. XXIV, da CF), por meio da realização dos princípios e direitos fundamentais.

A referida afetação é compreendida com um fato com efeitos jurídicos, decorrente da consolidação da situação fática que exteriorize o interesse social, a partir de critérios já expostos neste trabalho, extraídos a partir da Constituição Federal.

Sendo admitida tal hipótese de desapropriação privada a partir da afetação que, embora prevista no Código Civil, depende do exame de princípios e direitos fundamentais, com muito mais razão deve ser admitida a desapropriação privada a partir do texto constitucional, especialmente por ser a afetação um pressuposto

intrínseco à forma de intervenção da propriedade privada, com a observação de que tal aferição somente poderá ocorrer judicialmente, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Reconhecida a afetação, a hipótese de desapropriação privada indireta seguirá, como já afirmado, os regimes jurídicos da hipótese prevista no parágrafo 4º, do artigo 1.228, do Código Civil, e da desapropriação pública indireta, com as ressalvas de que: i) a exemplo do que ocorre em relação à desapropriação pública indireta, não está a hipótese de desapropriação privada indireta vinculada ao prazo mínimo de cinco anos previsto nos §§ 4º e 5º, do artigo 1.228, do Código Civil, mas apenas, à consagração da propriedade privada ao interesse social e econômico relevantes; ii) deverá ocorrer a responsabilização do Poder Público pelo pagamento da respectiva indenização; iii) a justa indenização deverá se apurada e quitada nos mesmos moldes exigidos em relação à desapropriação pública indireta, devendo ser quitada por meio de precatório judicial, com a incidência de juros compensatórios e de correção monetária, nos moldes descritos nas Súmulas de nºs. 69 e 114, do STJ; e que iv) a sentença que reconhece a desapropriação privada indireta pode ser levada a registro, sendo que a condição da transferência da propriedade é o efetivo pagamento, mesmo que por precatório.

Ainda em relação à justa indenização, deve ser destacado o que foi exposto no quarto capítulo deste trabalho, no sentido de que a hipótese de desapropriação privada não corresponde a uma desapropriação-sanção (extraordinária), admitida excepcionalmente na Constituição Federal, a justificar um regime diferenciado de pagamento – pagamento com títulos das dívidas pública ou agrária, resgatáveis em dez ou vinte anos (arts. 182, § 4º, inc. III, e 184, *caput*) –, mas sim, a uma hipótese de desapropriação ordinária, vinculada à garantia da justa e prévia indenização em dinheiro, descrita no artigo 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal.

O fato de ser a desapropriação privada decorrente do princípio da função socioambiental não altera a afirmação exposta, seja por ser primordialmente decorrente de circunstâncias relacionadas à consolidação da situação fática, sem a tipificação das condutas exigidas em relação ao proprietário, constitucionalmente descritas como geradores de sanção, seja pelo inevitável vínculo da função

socioambiental com o interesse social, que justifica a expropriação.

Não obstante o exposto, algumas particularidades justificam a fixação da justa indenização com a redução dos valores relativos às obras e investimentos realizados pelos possuidores. A primeira diz respeito ao fato de não ser o imóvel expropriado, com suas acessões, transferido para o Poder Público – como ocorre com a desapropriação pública indireta –, com exceção das obras relativas a eventuais equipamentos públicos urbanos, realizados com recursos públicos. A segunda é que as obras e investimentos que deram ensejo à afetação da propriedade não foram realizados pelo proprietário, destinatário da indenização, mas sim, pelos possuidores (moradias, comércio, etc) e/ou Poder Público (ruas, equipamentos públicos, etc). A terceira é que vigora o princípio que veda o enriquecimento sem causa, motivo pelo qual não deve o proprietário ser favorecido com uma indenização correspondente ao valor de investimentos que não realizou. Assim, como afirmado, deve a justa indenização ser fixada com a redução dos valores relativos às obras e investimentos realizados pelos possuidores.

A segunda premissa estipulada diz respeito ao interesse social que ampara a afetação da propriedade privada e, conseqüentemente, o reconhecimento da desapropriação judicial indireta. A exemplo do que ocorre com a desapropriação privada direta que se encontra positivada no ordenamento civil, tal interesse é aquele considerado relevante (perspectiva jurídica) e irreversível (perspectiva fática) pelo julgador, segundo as particularidades do caso concreto, mediante tanto a valoração da moradia, labor, obras e despesas que foram realizadas pelos ocupantes em busca da concretude de direitos fundamentais e da dignidade humana, normalmente em favor de considerável número de pessoas de baixa renda, quanto da consolidação da situação fática.

A avaliação do referido interesse social pode ter como parâmetro algumas das circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas já expostas no decorrer deste trabalho, tais como, a realização de moradias ou investimentos representativos de organização social, com a formação de núcleos residenciais formado por um grupo expressivo de pessoas, com alguma identidade cultural ou histórica, capaz de gerar uma estabilização do quadro fático e jurídico, por revelar uma vida urbana estável,

onde há circulação de bens e disponibilização de serviços básicos de saneamento, como água, luz e esgoto, além da construção de ruas, praças, passeios, posteamento.

Podem ser reveladas, inclusive, a partir do parâmetro exposto na lei nº 4.132/62, cujas disposições revelam o propósito de se promover a justa distribuição da propriedade ou de condicionar o seu uso ao bem estar social, tal com ocorre com o estabelecimento de habitações, trabalho e o consumo de certos centros de população, voltados para conferir uma destinação econômica. A referida legislação também cita o estabelecimento de colônias ou povoamento em áreas rurais, bem como a manutenção de posseiros em áreas urbanas, com núcleos residenciais de mais de dez famílias, além da construção de casas populares (arts. 1º e 2º).

A identificação do referido interesse social, contudo, somente ocorrerá judicialmente, por meio da avaliação da situação concreta examinada, na qual será aferida a função socioambiental exteriorizada por meio da posse qualificada pelo labor ou pela moradia, mesmo assim, levando-se em consideração o número expressivo de pessoas e as peculiaridades da área, inclusive, em termos de extensão.

A solução, entretanto, dependerá da análise das terceira, quarta e quinta premissas estabelecidas inicialmente, quais sejam, a de que a afetação decorre do fato consumado, capaz de torná-la irreversível tanto sob o aspecto fático, quanto jurídico, fenômeno que deve ser aferido por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação de direitos fundamentais, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto, com a ressalva de que o reconhecimento da precedência do princípio da função social sobre o da propriedade privada deve sempre ocorrer mediante a compensação do proprietário.

Conforme já exposto no terceiro capítulo deste trabalho, a aplicação da teoria do fato consumado é objeto de inúmeros questionamentos, normalmente vinculados à hipótese decorrente de decisões judiciais provisórias, cujos efeitos se protraem no tempo ao ponto de justificar a manutenção da situação fática, mesmo que reconhecida supervenientemente o equívoco do deferimento da tutela liminarmente.

O quadro formal que normalmente se revela após a aplicação da teoria é o de que o deferimento de medida liminar provisória, com amparo nos fundamentos de fato e de direito expostos em uma demanda judicial, não se sustenta quando do julgamento final da lide, de forma que a única solução lógica seria a revogação e a reversibilidade dos efeitos provocados pela liminar.

Todavia, os efeitos decorrentes da medida provisória acabam sendo mantidos por meio da decisão final, fundamentada, neste momento superveniente, em argumentos completamente distintos daqueles inicialmente utilizados para o seu deferimento, quais sejam: i) a superveniente consolidação da situação fática produzida pela ordem judicial provisória, decorrente do transcurso de razoável lapso temporal entre a liminar e o julgamento final; e ii) a constatação de que o desfazimento da situação poderá provocar um dano ainda maior do que aquele indicado pelas partes, especialmente no que diz respeito à segurança das relações jurídicas.

A aplicação da denominada teoria do fato consumado, contudo, não ocorre apenas a partir das consequências fáticas advindas de decisões liminares, podendo ainda ser invocada para a manutenção de outras situações fáticas não provocadas por decisões judiciais ou pelo retardamento do julgamento de demandas.

Nas referidas hipóteses, os argumentos invocados não buscam rechaçar o regime jurídico inerente à provisoriedade das decisões liminares, mas sim, afastar a aplicação de regras materiais incidentes sobre uma situação fática anterior a qualquer demanda, que consubstancie um conflito de interesses, também sob os argumentos de que houve a superveniente consolidação de tais fatos, provocada pelo tempo e por relevantes circunstâncias sociais, econômicas e ambientais, e que o desfazimento da situação poderá ensejar um dano ainda maior do que aquele que eventualmente pode ser invocado.

A invocação da teoria do fato consumado na situação descrita, contudo, enfrenta os mesmos questionamentos expostos em relação à consolidação fática decorrente de liminares, pois também exige uma argumentação contrária ao texto de lei e à jurisprudência, que deve ser suficiente para sustentar, no caso concreto, a aplicação

de um ou mais princípios.

É o que ocorre, por exemplo, em um conflito entre posse e propriedade, envolvendo interesses privados, em que ocorrer a discussão sobre a inviabilidade econômica ou social de desfazimento da situação fática provocada por uma invasão em propriedade urbana não utilizada, na qual restar identificada a moradia dos possuidores ou a realização, pelos mesmos, de obras ou investimentos de caráter produtivo, representativos de interesse social e econômico relevante. No referido quadro, haverá a tensão entre a posse qualificada pelo cumprimento de uma função socioambiental e a propriedade não funcional.

A situação descrita, conforme defendido neste trabalho, é semelhante à que ocorre no caso da desapropriação indireta, em que o imóvel privado sofre um esbulho praticado ilicitamente pelo Poder Público, que passa a exercer a posse qualificada pelo interesse público. Referida posse acaba sendo prestigiada em caso de discussão judicial superveniente, notadamente em razão da consagração do bem ao mencionado interesse público, consolidando a situação fática que se torna irreversível em razão da afetação, mesmo que originária de um ilícito.

Trata-se, como visto, de um quadro semelhante ao exposto anteriormente, demonstrando não somente a tensão entre a posse, a propriedade e a moradia – já que a desapropriação indireta é consolidada independentemente do cumprimento, pelo proprietário, da função socioambiental –, mas também da forte restrição ao direito fundamental de propriedade.

Resguardadas as particularidades inerentes ao Poder Público, é possível notar que a situação relativa à desapropriação indireta apresenta circunstâncias que, conforme defendido neste trabalho, podem ocorrer nas relações privadas, ou seja, podem justificar a ocorrência da afetação da propriedade particular em razão da consolidação de uma situação fática, representativa de interesse social, seja tendo em vista o estabelecimento da moradia dos possuidores, seja em razão da realização de obras ou investimentos de caráter produtivo, tal como ocorre em casos de desapropriações privadas atualmente positivados no Código Civil.

O que se denota dos conflitos entre a posse e a propriedade, é que a consolidação da situação fática ocorre justamente pela inconveniência de se promover o restabelecimento do *status quo* anterior, seja pelo risco de se provocar danos ainda maiores sob a ótica social, econômica e ambiental – decorrentes do desalojamento de possuidores e suas famílias, bem como da interrupção de atividades suficientes para o sustento das mesmas –, seja pela necessidade de realização do interesse social voltado para a realização dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, bem como para a promoção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, mediante a erradicação da pobreza e da marginalização, em prol do bem estar de todos.

Referido quadro de consolidação da situação fática demonstra a tipificação do fenômeno da afetação da propriedade privada, compreendido como sendo a subordinação do bem a uma destinação voltada para a satisfação das necessidades e expectativas sociais, especialmente quando o bem estiver sendo utilizado materialmente para a realização do interesse social. Tal fenômeno ocorre por meio do exercício de uma posse qualificada pela função social, capaz de proporcionar a concretude de valores, princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

É o que demonstram principalmente os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça aqui expostos, que acabaram reconhecendo a destinação social consolidada e irreversível quando centenas famílias estabeleceram suas moradias nos imóveis questionados, assistidas por infraestrutura básica como redes de energia, água e esgoto, além praças, vias, ruas, avenidas e passeios, exteriorizando que qualquer provimento jurisdicional que os atingisse afrontaria os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à inviolabilidade domiciliar e à própria dignidade humana.

Mesmo sem referência explícita nos julgados citados como paradigmas, a afetação da propriedade privada ao interesse social que transparece das peculiaridades constatadas na análise dos conflitos, acaba sendo decorrente da aplicação da teoria do fato consumado. Por tal razão, ganha relevância a indicação já promovida dos critérios objetivos mínimos, que retratam as possibilidades fáticas e jurídicas que

foram utilizadas para o enfrentamento do conflito de regras ou colisão de princípios, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação segundo o pensamento de Alexy.

Tomando como base teórica o pensamento de Alexy, a colisão entre direitos fundamentais que podem ser aplicados aos conflitos envolvendo a posse a propriedade deve ser solucionada a partir da máxima da proporcionalidade, formada pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais subprincípios exigem o exame das circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto, por meio das quais se busca a aferição da exata medida da precedência de um princípio em relação a outro, o que é possível mediante a aplicação da lei do balanceamento/ponderação.

A referida lei do balanceamento representa uma técnica de julgamento, também denominada de ponderação, que, na prática, é definida por meio da fórmula que utiliza variáveis relacionadas à intensidade de interferência que recai sobre os princípios colidentes, ao peso em abstrato destes princípios colidentes e à confiabilidade que se pode obter (empírica e normativa) das atribuições conferidas às variáveis anteriores.

Em termos práticos, a fórmula representa a maneira pela qual é possível atribuir pesos e contrapesos aos princípios colidentes, segundo fatores que espelham uma racionalidade na argumentação, aferindo-se a prevalência de um princípio sobre o outro a partir de duas premissas. A primeira é a de que quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio (que será preterido), maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio com ele colidente (que será prevalente). Já a segunda premissa estabelece que quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.

Apesar de ser possível a atribuição de números para cada fator considerado essencial na fórmula de balanceamento, por meio de escalas triádica ou duplo triádica, tal providência não chega a ser totalmente aplicada em termos práticos, conforme, inclusive, foi exposto no tópico anterior, quando do exame da aplicação da proporcionalidade e ponderação pelos Tribunais. Todavia, a atribuição de pesos no

caso concreto e em abstrato, bem como a aferição da confiabilidade de tais atribuições, permitem o desenvolvimento de um discurso racionalmente compreensível, capaz de viabilizar um controle sobre a argumentação jurídica.

As proposições classificatórias realizadas a partir da referida técnica não buscam o convencimento de que a solução encontrada é a única que pode ser considerada correta, mas apenas de que o procedimento discursivo deve ter uma racionalidade capaz de proporcionar tal resposta correta, daí a razão de a atribuição de pesos aos princípios colidentes já ser suficiente, inclusive, para a solução de casos difíceis, provenientes da colisão de direitos fundamentais.

É o que se pretende expor em relação à resposta ao questionamento objeto desta pesquisa. A referida base teórica permite que seja reconhecida, no caso concreto, a desapropriação privada indireta como norma fundamental atribuída, ou seja, como resultado da ponderação entre os direitos fundamentais colidentes – que atuará como regra para a subsunção segundo as circunstâncias do caso concreto –, não apenas por ser uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, mas especialmente por se submeter a uma lógica argumentativa capaz de justificar cada atribuição que é realizada a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto, técnica que certamente contribui para a legitimação da decisão judicial.

Tomando por base as circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas dos julgamentos analisados neste trabalho, que representam critérios considerados mínimos para o reconhecimento da desapropriação privada indireta, é possível observar a satisfação da máxima da proporcionalidade, segundo a compreensão de Alexy. Tais critérios, conforme exposto no tópico anterior, foram agrupados a partir i) da identificação da singularidade do caso concreto; ii) do comportamento omissivo ou comissivo praticado pelo Poder Público; e iii) do cumprimento da função socioambiental por parte dos interessados na solução ou responsáveis pelo conflito.

A desapropriação privada indireta somente deverá ser admitida diante da singularidade do caso concreto, aferida por meio: i) da presença de considerável número de pessoas, com alguma identidade econômica, cultural ou social; ii) a

significativa extensão da área, suficiente para prover as necessidades básicas do considerável número de pessoas; iii) da existência de posse qualificada objetivamente, especialmente pela edificação de moradias ou realização de obras ou serviços relevantes econômica ou socialmente; iv) da estabilização do quadro fático e jurídico, notadamente pelos aspectos econômico e social, normalmente comum em razão dos transcurso de algum lapso temporal ou das proporções da interferência no direito de propriedade; e v) do exercício de direitos civis, segundo uma mínima organização social e econômica, decorrente, normalmente, da circulação de bens e disponibilização de serviços básicos.

Para fins de responsabilização pela indenização decorrente da desapropriação privada indireta, também será necessário aferir as peculiaridade do comportamento adotado pelo Poder Público, distinto da pura omissão em impedir as agressões ao direito de propriedade. Tal omissão também é considerada relevante, tendo em vista a existência de um dever constitucional do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais, em especial a propriedade. Todavia, o exame de julgamentos expressivos sobre o tema demonstra que para que seja atribuída a responsabilização do Poder Público, deve ocorrer um comportamento comissivo, no sentido de reconhecer e incentivar a ocupação, tal como ocorre com a instalação de certos equipamentos urbanos, com a prestação de serviços e, principalmente, impedindo de certa maneira a desocupação.

Conforme também já exposto, apesar de existir argumento no sentido de que o Poder Público não pode ficar indiferente à situação precária normalmente constatada em caso de ocupações de áreas privadas, não é aceitável que ocorra o incentivo à consolidação de situações fáticas, seja pela realização de obras não consideradas essenciais, seja por meio da omissão no cumprimento tempestivo de ordem judicial de desocupação.

Por fim, o reconhecimento da desapropriação privada indireta depende da concretização da função socioambiental da posse e da propriedade, verificada a partir do exame dos comportamentos manifestados pelas partes envolvidas nos conflitos, que contribuíram de alguma maneira para a consolidação da situação fática e estabilização do quadro social, ao ponto de torná-lo irreversível.

Portanto, é necessário o exame tanto do comportamento diligente do possuidor, que realiza obras e serviços em prol de sua moradia e sobrevivência, considerados judicialmente relevantes sob as perspectivas sociais e econômicas, quanto a conduta negligente do proprietário em relação ao mínimo necessário ao cumprimento da função social da sua propriedade, tal como se verifica na hipótese de abandono, observados o contexto no qual se encontram o bem.

Referidas circunstâncias fáticas e jurídicas, conforme já exposto, não esgotam ou delimitam os limites para o reconhecimento da desapropriação privada indireta, servido como parâmetros ou critérios a partir dos quais se obtém uma confiabilidade empírica e normativa sobre atribuições que estão sendo realizadas em casos fáticos nos quais já foi aplicada a máxima da proporcionalidade.

A partir dos citados critérios, deve ser examinada a afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, decorrente da consolidação da situação fática representativa da realização dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana. Tal providência, como visto, será realizada por meio da aplicação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação veda que uma restrição a um princípio seja realizada sem que ocorra a otimização do outro princípio colidente, ou seja, veda qualquer restrição a direito fundamental que não provoque qualquer favorecimento a outro direito fundamental também aplicável ao conflito. Já a máxima da necessidade impõe o exame, dentre as restrições possíveis de serem aplicadas, de qual a capaz de gerar a menor restrição possível ao direito fundamental, vedando que outra medida mais prejudicial seja aplicada.

As referidas máximas dizem respeito às possibilidades fáticas que norteiam o princípio da proporcionalidade, voltadas para evitar sacrifícios a direitos fundamentais colidentes maiores do que aqueles extremamente necessários. Todavia, ainda deve ser observada a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pertinente à aferição do exato grau de aplicação de um princípio e da restrição a outro princípio, ou seja, às possibilidades jurídicas do caso concreto,

providência que exige a referida fórmula do balanceamento.

Em relação à adequação, deve ser reconhecido que a afetação da propriedade privada para o fim de ensejar a desapropriação privada indireta, provoca grave intervenção no direito fundamental de propriedade, apesar de resguardar a compensação pecuniária equivalente ao núcleo mínimo do direito restringido, mediante a justa e prévia indenização.

Tal restrição, contudo, tem o potencial de provocar a máxima otimização dos direitos fundamentais considerados prevalentes, pois atribui segurança jurídica ao direito fundamental de posse qualificada pela função socioambiental, realiza o direito à propriedade como mínimo existencial e concretiza o direito social fundamental à moradia, inclusive em sua dimensão negativa (de proteção da moradia).

No que se refere à necessidade, a afetação da propriedade privada para fins de desapropriação privada indireta, mesmo sendo considerada grave, conserva, como exposto, o direito à justa indenização a ser paga pelo Poder Público em favor do titular do direito, sendo, por tal razão, a que menos sacrifícios impõe ao direito preterido, dentre as hipóteses aplicáveis em situações fáticas semelhantes.

A assertiva exposta pode ser avaliada com base nos mesmos argumentos que discutem a natureza jurídica do instituto previsto no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, aqui tratado como uma espécie de desapropriação privada. Há substancial divergência sobre a referida questão, conforme já exposto no quarto capítulo deste trabalho.

Todavia, a discussão demonstra que a situação fática subjacente ao instituto pode também ensejar uma espécie de usucapião ou até mesmo uma acessão inversa, esta também considerada neste trabalho como sendo uma espécie de desapropriação privada. Há, ainda, quem defenda que a situação fática positivada no Código Civil pode consubstanciar uma hipótese de *suppressio* ou de *surrectio*, institutos provenientes de uma legítima expectativa juridicamente protegida, fundamentada na boa fé, conforme já exposto, mesmo sucintamente, no terceiro capítulo deste trabalho.

Todas as referidas medidas, contudo, não evitariam mais sacrifícios ao direito de propriedade restringido, muito menos proporcionam uma maior otimização dos direitos fundamentais prevalentes, ao menos não nas circunstâncias fáticas e jurídicas que estão sendo utilizadas neste trabalho como critérios mínimos, extraídos dos precedentes analisados.

No que diz respeito à usucapião, as circunstâncias fáticas e jurídicas expostas anteriormente não seriam suficientes para garantir a ocorrência da prescrição aquisitiva, notadamente pela necessidade do transcurso do prazo mínimo de dez anos, sem a intercorrência de qualquer hipótese de suspensão ou interrupção.

Mesmo no caso da usucapião especial urbana coletiva, cujo prazo é de cinco anos, os pressupostos são distintos e mais prejudiciais aos adquirentes, por exigirem a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor e a formação de um condomínio especial, mesmo assim, condicionado ao referido prazo que também pode ser suscetível de interrupção ou suspensão.

Ainda deve ser registrado que não há indenização na usucapião, o que demonstra que a medida, caso concretizada, ensejará a supressão do direito de propriedade, diferentemente do que ocorre em relação à desapropriação privada, que, como já afirmado, resguarda, por um lado, a compensação pelo núcleo mínimo essencial do direito, sem exigir, por outro lado, o transcurso de prazo mínimo, mas apenas a afetação ao interesse social, fundamental para a atribuição da responsabilidade pelo pagamento ao Poder Público.

Os mesmos argumentos valem para a *suppressio* ou *surrectio*, amparadas na boa fé e na teoria do abuso do direito, que não decorrem exclusivamente do não cumprimento da função social por parte do proprietário, mas de elementos subjetivos ausentes na desapropriação privada. De qualquer forma, tais institutos não garantem a justa indenização pelo núcleo essencial mínimo do direito de propriedade, muito menos a segurança jurídica decorrente da desapropriação privada, o que demonstra que são medidas mais restritivas para fins de exame do subprincípio da necessidade.

A medida da acessão inversa, de igual forma, consubstancia uma espécie de desapropriação privada direta, ou seja, de uma aquisição onerosa e forçada da propriedade, custeada pelo titular da acessão, sem a configuração de um interesse social e econômico suficiente para a tipificação da afetação da propriedade e, conseqüentemente, responsabilização do Poder Público.

Os argumentos apresentados até o momento são pertinentes à possibilidade fáticas que são analisadas segundo os subprincípios da adequação e necessidade, devendo ainda ser examinado se existem circunstâncias jurídicas suficientes para o reconhecimento da afetação para fins de adoção da desapropriação privada indireta, segundo a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Referido exame ocorre a partir do reconhecimento de que são inevitáveis os sacrifícios decorrentes da colisão dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, bem como que não há nenhum princípio que goza de precedência absoluta, razão pela qual é necessária a aferição do grau de restrição ou de otimização dos princípios colidentes, providência que depende da já tratada técnica da ponderação ou fórmula de balanceamento, cujas premissas são: i) quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio com ele colidente; e ii) quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam.

Conforme também exposto, a ponderação exige que a análise da possibilidade de adoção da desapropriação judicial privada seja realizada mediante a atribuição de pesos aos princípios ou direitos colidentes, que podem ser identificados como sendo, de um lado, i) direito fundamental de propriedade; e de outro ii) os direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia. Todos os direitos colidentes possuem relação com os princípios da função socioambiental e da dignidade humana.

Prevê a fórmula de balanceamento que deverão ser atribuídos valores a todos os princípios colidentes, segundo as variáveis identificadas como sendo de i) intensidade da interferência que a medida examinada pode ensejar nos princípios colidentes; ii) o peso em abstrato conferido aos princípios colidentes; e iii)

confiabilidade das atribuições de pesos promovidas em relação às variáveis anteriores, ou melhor, ao grau de conhecimento que se possui sobre decisões que promoveram a atribuição de pesos às variáveis anteriores.

A mencionada confiabilidade, contudo, deve ser compreendida como empírica e normativa, exigindo não apenas o conhecimento de julgamentos semelhantes, mas também, da certeza das premissas que justificaram as interferências. As referidas variáveis, todavia, devem ser aplicadas de forma distinta, ou seja, enquanto as duas primeiras ensejam uma atribuição crescente de soma pesos, a última segue o caminho inverso, que parte da probabilidade ou confiabilidade, passando pela plausibilidade até chegar na compreensão de que a atribuição não é falsa.

Mesmo sendo possível a atribuição numérica aos pesos relacionados às duas primeiras variáveis, necessária para fins de comprovação matemática do balancemanto, a ponderação pode ser realizada por meio de escalas de melhor compreensão jurídica, denominadas de triádica e ou duplo triádicas, por meio das qual se atribui a definição de pesos como leve, moderado e grave.

A utilização da referida fórmula para a aferição da afetação da propriedade privada para fins de desapropriação privada indireta, contudo, demandaria o esforço argumentativo de se quantificar cada princípio colidente, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas extraídas do caso concreto, razão pela qual não é possível uma exposição com amparo em dados abstratos.

Os argumentos expostos permitem analisar o questionamento sobre a possibilidade do reconhecimento judicial da ocorrência da desapropriação privada indireta, decorrente da afetação da propriedade privada provocada pelo fato consumado, bem como concluir que existe tal possibilidade fundamentada no interesse social extraído diretamente da Constituição, a partir da concretização dos direitos fundamentais de posse, à propriedade e à moradia, por meio do exercício da posse qualificada pela função socioambiental e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento da pesquisa utilizada para a elaboração deste trabalho, foi possível examinar os conflitos relativos aos direitos de posse e propriedade considerados singulares, notadamente por envolverem a pluralidade de interesses juridicamente protegidos, bem como circunstâncias fáticas e jurídicas em que ocorreu a colisão dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, cuja solução exigiu a aplicação da técnica da ponderação e da máxima da proporcionalidade.

Alguns dos referidos conflitos, inclusive, provocaram a participação ou a responsabilização do Poder Público, seja em razão do seu comportamento omissivo ou comissivo, que contribui para conflito, seja quando verificada a consolidação de situação fática que também materializaram direitos fundamentais sociais, voltados para a realização dos objetivos e fundamentos previstos na Constituição Federal.

A abordagem realizada neste trabalho, todavia, foi distinta da utilizada nos referidos precedentes e na doutrina que trata do tema, por ser voltada para o exame da possibilidade do reconhecimento da desapropriação privada indireta, mediante o estabelecimento de premissas e critérios mínimos para a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Além dos referidos critérios e premissas, foi exposta a excepcionalidade de tal reconhecimento, que somente deve ser admitido a partir da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, decorrente da consolidação de situações fáticas representativas da prevalência dos direitos de posse, à propriedade e à moradia, sobre o direito fundamental de propriedade.

O primeiro capítulo deste trabalho defendeu a fundamentalidade do direito de posse, extraída tanto da compreensão da garantia do direito de propriedade, quanto dos princípios da função socioambiental e da dignidade humana, notadamente por integrar a posse o grupo de direitos que reconhecidamente buscam assegurar o

mínimo existencial.

Referido capítulo expõe a atual compreensão do direito possessório como um direito fundamental autônomo da propriedade, que também é condicionado ao cumprimento da função socioambiental exigida constitucionalmente, inclusive, como exigência do Estado Democrático de Direito. Tal como ocorre com a propriedade, foi consignado que a função socioambiental constitui o direito possessório, enriquecendo a sua vocação para a realização de outros direitos fundamentais.

O segundo capítulo defende que os direitos fundamentais à propriedade e à moradia, devem realizar os princípios da função socioambiental e da dignidade humana, podendo, inclusive, gozar de prestígio superior ao conferido ao direito de propriedade que não esteja cumprindo tal função, quadro que exige a aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, voltada para a elaboração de um discurso jurídico racional.

Foi exposto o tradicional regime de proteção do direito de propriedade, bem como as razões de sua fundamentalidade concebida de forma vinculada à fundamentalidade do direito à liberdade. Também foi exposta a sua dimensão prestacional, decorrente da sua compreensão como mínimo existencial. A mesma abordagem foi realizada em relação à fundamentalidade do direito à moradia, justificada nos princípios da função socioambiental e da dignidade humana.

Constou do segundo capítulo, ainda, o referencial teórico utilizado para o enfrentamento da questão central desta tese, demonstrando a teoria dos princípios de Alexy, que exige a utilização da máxima da proporcionalidade para a solução da colisão de princípios e direitos fundamentais, tendo a ponderação como técnica de julgamento, capaz de legitimar a decisão judicial por meio da elaboração de um discurso argumentativo racional.

Cuidou o terceiro capítulo de demonstrar que a concretização dos direitos fundamentais de posse, propriedade e moradia, pode representar uma destinação capaz de consagrar a propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, especialmente quando constatada a consolidação de uma situação fática,

capaz de torná-la irreversível fática e juridicamente, ao menos diante da máxima da proporcionalidade.

O quarto capítulo expõe três hipóteses de desapropriações privadas que, mesmo previstas no Código Civil, decorrem de previsão constitucional de intervenção na propriedade privada por interesse social. Embora vinculadas ao princípio da função social, referidas hipóteses não são consideradas sanções para fins de mitigação do direito à justa e prévia indenização do valor correspondente ao núcleo mínimo essencial do direito de propriedade.

O quinto capítulo expõe que, da análise dos precedentes judiciais selecionados durante a pesquisa, é possível extrair circunstâncias fáticas e jurídicas que consubstanciam critérios mínimos para o reconhecimento da desapropriação privada indireta, formados a partir da singularidade do caso concreto, do comportamento omissivo ou comissivo praticado pelo Poder Público, e, por fim, do cumprimento da função socioambiental por parte dos interessados na solução ou responsáveis pelo conflito.

O referido capítulo expõe que tais critérios devem ser utilizados para a aferição da afetação da propriedade privada ao interesse social e econômico relevante, proveniente da consolidação de situações fáticas consideradas judicialmente irreversíveis, a partir da avaliação extraída dos princípios e direitos fundamentais.

Por fim, expõe o quinto capítulo que o reconhecimento da afetação consubstancia um pressuposto indispensável para a desapropriação privada indireta, configurando o produto da prevalência dos direitos fundamentais de posse, à propriedade privada e à moradia digna, frente ao direito fundamental de propriedade, aferida a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ABDALAH JUNIOR, Vilmar Lobo. **Bem público dominical**: terreno de marinha e seus acrescidos. Vitória: Gráfica e Editora, 2010.

AFONSIN, Jaques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Conceito e validade do direito**. Ernesto Garzón Valdés (org.); Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito.

Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de.; PIRES, Cristiano Tolentino. **A ponderação proposta por Robert Alexy como forma de concretizar os direitos sociais**: uma alternativa contra o simbolismo dos direitos frente à reserva do possível. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6602294be910b1e3>>. Acesso em: 30 out. 2016.

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de propriedade**: limites ambientais no Código Civil. Baueri: Monole, 2006

ALVIM NETO, José Manoel Arruda. A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães. (Org.) **10 anos do Código Civil**: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. A função social dos contratos no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003.

_____. Função social da propriedade. **Revista Autônoma de Direito Privado**, Curitiba, n.1, out./dez. 2006, p. 11-24.

_____. ; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: Texto introdutório ao Livro III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Posse**. Rio de Janeiro. Forense, 2007.

_____.; VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. v. XI: do direito das coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**.

Revista de processo - REPRO. ano 38. v. 225. nov. 2013. p. 389-410.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio:** reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil:** Reais. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: a teoria da ponderação e a sua crítica com um programa jurídico-teórico. In.: CAMPOS, Ricardo (org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p.19-36.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, João Luiz. A propriedade como um direito fundamental. **Revista acadêmica direitos fundamentais.** Ano 2, n. 2, p. 45-56. Osasco. São Paulo, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A responsabilidade subsidiária da administração pública pelo pagamento indenizatório: interpretação do § 5º do artigo 1.228, do Código Civil, em decorrência dos direitos fundamentais dos ocupantes de baixa renda. In: _____. (Org.). **A realização do direito civil:** entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011. p. 211-218.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 167-210.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 5, jan./jun. 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 297-340.
_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da

supremacia do interesse público [prefácio]. ARAGÃO, Alexandre Santos; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo (colaboradores). In.: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. XII-XVIII.

_____. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universiária, 2014.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **A Constituição e o Código Civil**: conferência pronunciada em Fortaleza a propósito da Constituição de 1934. v. 97/31. São Paulo: RT.

BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 351-362.

_____. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e racionalidade à luz da constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

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

BORDO, Adilson Aparecido. Os eixos de desenvolvimento e a estruturação urbano-industrial do Estado de São Paulo, Brasil. Brasil: **Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**, Barcelona, v. IX, núm. 194 (79), 1 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-79.htm>>. Acesso em: 07 set. 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A função ambiental da propriedade rural. In.: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (orgs.). **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por**

benfeitorias: coleção estudos de direito de processo Eurico Tulio Liebman, v. 40. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Justificativa de proposta de enunciado para a I Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Constituição [do] Império (1824)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Constituição [da] República (1891)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. **Constituição [da] República (1934)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Constituição [da] República (1937)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Constituição [da] República (1946)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 1 (1969)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22-mar.-2016.

_____. **Constituição [da] República (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRITO, Rodrigo Toscano de. “Desapropriação judicial” e usucapião coletivo: uma análise comparativa. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: Direito das Coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 119-140.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALDAS, Lúcio Dantas Araújo. **A ponderação de princípios e a supremacia do**

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617>. Acesso em: 30 out. 2016.

CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. **A desapropriação por utilidade pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

CAMPOS, Ricardo; RIBEIRO, Pedro Henrique. Apresentação da obra crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. In.: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social.** São Paulo: Saraiva, 2016. p.13-18.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Protecção do ambiente e direito de propriedade:** crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARDOSO, Oliveira, Francisco. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

CASSETTARI, Christiano. Uma análise do instituto descrito no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil: pontos divergentes e convergentes. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas.** São Paulo: Método, 2008, p. 105-118.

CASTRO, Mônica. **A desapropriação judicial no novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18537-18538-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **A posse**: perspectivas sogimáticas actuais. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CORDEIRO, José Carlos. **Usucapião constitucional urbano**: aspectos de direito material. São Paulo: Max Liminad, 2001.

CORREA, Orlando de Assis. **Posse e Ações Possessórias**: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Tratado da desapropriação**: fase judicial da desapropriação. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____.; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**: doutrina, pareceres, jurisprudência. Ano I, nº 2. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 157-160.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. Teoria do fato consumado: necessidade de restrição. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3005, 23 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20043>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil III: Direito das Coisas**. MAURO, Laerson [atual.]. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo, Atlas, 2005.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito civil: direito das coisas**. 2 ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, copropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIM, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. **Revista autônoma de direito privado**. Curitiba: Juruá, n. 1, 2006.

_____. (atualizador). In: GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988

_____. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. Pianovski. Dignidade Humana (no direito civil). In.: **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In.: FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 79-101.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Curso de direito civil: direitos reais**. v. 5. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Curso de direito civil: direitos reais**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. Direito ao ambiente e propriedade privada. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 177-178. Apud MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In.: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Robinson. **Controle de constitucionalidade e a teoria do fato consumado**. Jundiaí: Paco, 2015.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Interpretação constitucional e argumentação jurídica. In.: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A extensão do conceito de “boa-fé” em limitação ao direito de propriedade definida no art. 1.228, §4º, do Código Civil: o controvertido instituto da “desapropriação judicial”. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba: Juruá, n.1, out./dez. 2006. p. 233-240.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In.: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.37-62.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito Civil**: curso completo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey , 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. As teorias da posse no direito positivo brasileiro. In.: CAHALI, Youssef (coord.). **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. As teorias da Posse no Direito Positivo Brasileiro. In: CAHALI, Youssef (coord.). **Posse e Propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. v 2. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada. São Paulo: Saraiva, 1973.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aplicação da teoria do fato consumado como fundamento para a tipificação da afetação da propriedade urbana. In.: DUQUE, Bruna Lyra et al (orgs.). **Constituição de 1988**: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cognorama, 2013.

_____. A função social e a desapropriação judicial. **Derecho y Cambio Social**, v. 33, 2013, p. 1-34.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A aquisição possessória por representante ou por terceiros. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008, p. 365-386.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro de. Função social da propriedade e da posse. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación.

Doxa. n. 3. 1986.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna**: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GERAIGE NETO, Zaiden. **Comentários ao código civil brasileiro**: da propriedade, da superfície e das servidões. v. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIL, Antonio Hernández. **La Función Social de la Posesión**. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

GOBBI, Leonardo Delfim. **Urbanização brasileira**. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/geografia/assunto/urbanizacao/urbanizacao-brasileira.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direitos reais**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. v. 5. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. v. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 397-433 .

CORDEIRO, Antônio Menezes. **A posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GRASSI, Domingo Cura. **Derechos Reales**. Posesión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na constituição de 1988**: Interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1990.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação**: doutrina e prática. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2003.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 94. n. 833, São Paulo: RT, 2005, p. 97-103.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A função social da posse e a usucapião anômala. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuiêredo. (Org.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas: direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. p. 313-332.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Teoria simplificada da posse**. Tradução: Heloísa Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011

_____. **Curso de direito administrativo**. 12 ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

KOJRANSKI, Nelson. **Direitos Reais**. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coords.). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003. p. 981-1167.

LACERDA, Manoel Linhares. **Tratado das terras do Brasil**: jurisprudência. v. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1961.

LAUDER, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos

fundamentais: apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p.133-224.

LAUDER, Karl-Heinz. CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e nova abordagem. In: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97-132.

LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>>. Acesso em: 30 out. 2016.

LIMA, Getúlio Targino. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renam. (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161-192.

LIMA, Getúlio Targino. **Apontamentos a respeito do direito de propriedade**. In.: LOTUFO, Renam. (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Juraci Barbosa. As situações consolidadas. **Revista De Jure** - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais. jan/jun 2006, nº 6. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/PJES/Downloads/DeJure_06.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direitos reais e direitos intelectuais. V.4. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 53-56;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de. (org.). **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 23-38.

_____. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre governo**. Tradução Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo a verdadeira origem,

extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOPES, Flávia Aparecida Resende. **Ponderação de valores e racionalidade**: uma análise adequada ao Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.marciomiranda.adv.br/?p=181>>. Acesso em: 30 out. 2016.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACIEL, Marcela Viríssimo. **As consequências da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito ambiental**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33788-44145-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. (atualizador). In: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Coisas. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Código Civil de 2002 e o Judiciário**: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

_____. **Justificativa de proposta de enunciado para a IV Jornada de Direito Civil do CJF**. Brasília: CJF, 2006.

_____. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **Função social do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Legitimação da posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____.; MARÇAL, Thaís Boia. **Direito à moradia como direito da personalidade**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27188491_DIREITO_A_MORADIA_COMO_DIREITO_DA_PERSONALIDADE.aspx>. Acesso: 21 dez. 2016.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Usucapião ordinária tabular do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002: questões controvertidas. In.: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones de Figueirêdo. (org.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008. p. 333-254.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERÉJE, Rodrigues de. **Teorias jurídicas da posse**. São Paulo: Brasil, 1942.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, João Batista. **Ação de reintegração de posse**. São Paulo: RT, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 37. ed. 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 Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, n. 15. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, p. 95-113.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos reais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito das coisas. v 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os bens. In.: FRANCIULLI NETO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. Curitiba: Juruá, 1999.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **Desapropriação e urbanismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

NOTARO, Camila Antunes. **A proporcionalidade em Robert Alexy e o ativismo**

judicial no Estado Democrático brasileiro. Disponível em:
<<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav82/artigos/ca.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade.** Rio de Janeiro: Forense. 2006.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia:** um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PAULO, Gerson da Silva; SARAIVA, Wellington Beckman. **Direito civil:** desmistificando a parte geral. Rio de Janeiro: Brasil, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa.** n. 4. 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In.: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais:** um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 281-304.

_____. **Mutação Constitucional:** interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A função social da propriedade como um dever fundamental. Disponível:
<<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1681/1597>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A ponderação de princípios pelo STF:** balanço crítico. Disponível em:
<<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/957/1130>>. Acesso em: 30 out. 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas da propriedade. In: LACERDA, Paulo (Coord.). **Manual do Código Civil brasileiro.** v. 8. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v. 4. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES, Tito Lívio. **Da posse**. 2 ed. São Paulo: EUD, 1977.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da teoria dos princípios por seu objeto. In.: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63-196.

RAMOS, Glauco Gumerato. A contribuição de Arruda Alvim para a compreensão dos direitos reais. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2007. p. 251-257.

REALE, Miguel. Diretrizes da reforma do Código Civil. **Revista do Advogado**, n. 19, out. 1985. p. 5-12.

_____. **Visão geral do projeto de Código Civil**. RT 752, p. 22-30. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=.>> Acesso em: 19 set. 2016.

REZENDE, Astolpho. **A posse e sua proteção**. São Paulo: Saraiva, 1937.

REZEK, Gustavo Elias Kallás. **Amplitude do princípio da função social da propriedade no direito agrário**. Curitiba: Juruá, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das Coisas**. v. 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alcides. **Noções de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1947.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALOMÃO, Saulo Salvador. **A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroando o decisionismo?** Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/b5dd6cf615614e7682c71120ec461ace.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANT`ANA, Mariana Senna. **Estudo de impacto de vizinhança: instrumento de garantia da qualidade de vida dos cidadãos urbanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Ernane Fidelis dos Santos. **Comentários ao novo Código Civil**. v. XV: da posse. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. v. 7. 6

ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e democracia: ciências jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 327-383. Canoas: ULBRA, 2003.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 4, jul./dez. 2004. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

_____. **O sistema constitucional brasileiro: o constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988**, In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (orgs.). **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção juridical da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SAVIGNY, Frédéric Charles de. **Traité de la possession en droit romain**. Tradução.

Henri Staedtler. Paris: A. Durand & Pedone Leuriel, 1870. Disponível em: <<https://archive.org/stream/traitdelaposses01staegoog#page/n8/mode/2up>>. Acesso em: 29 out. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6, jul./de 2005. Belo Horizonte: Del Rey. p. 541-558.

SOARES, Herbert Barros Soares. **Usucapião especial urbana individual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In.: BARROSO, Lucas de Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In.: RODRIGUES, Manuel. **A posse**: estudo de direito civil português. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. XCVI-XCVIII.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise

comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). **Temas de direito urbanístico**. São Paulo: RT, 1987.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. v. 4: direito das coisas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (orgs.). **Novo Código Civil: questões controvertidas: Direito das Coisas**. São Paulo: Método, 2008. p. 49-68.

_____. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. _____. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de direito civil**. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

TESSLE, Marga Inge Barth Tessler. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional, no direito estudantil. **Revista de doutrina da 4ª Região**. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região - EMAGIS. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao007/marga_tessler.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016.

TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. In: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação**:

método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 271-312.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UNESCO. **Declaração universal dos direitos humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. UNESCO no Brasil. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

VARELA, Laura Beck. A Tutela da Posse entre Abstração e Autonomia. In.: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.

_____. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002

_____.; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Ebulho administrativo e outras inconstitucionalidades na desapropriação. In.: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. (Org.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 407-423.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: do direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil**: direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das

redes. In: CAMPOS, Ricardo (Org.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 225-270.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**: direito das coisas. v 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.