



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO NETO**

**A ENVERGADURA CONSTITUCIONAL DA POSSE QUALIFICADA  
NA DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA**

**NATAL  
2012**

**HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO NETO**

**A ENVERGADURA CONSTITUCIONAL DA POSSE QUALIFICADA NA  
DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração em Processo e Garantia de Direitos.

Orientador: Professor Doutor Gleydson Kleber Lopes de Oliveira

NATAL  
2012

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Araújo Neto, Henrique Batista de.

A envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada / Henrique Batista de Araújo Neto. - Natal, RN, 2012.  
108 f.

Orientador: Profº. Dr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Ciências Administrativas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito civil - Dissertação. 2. Constitucionalização – Direito civil - Dissertação. 3. Desapropriação privada - Dissertação. 4. Posse qualificada – Dissertação. I. Oliveira, Gleydson Kleber Lopes de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 347

**HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO NETO**

**A ENVERGADURA CONSTITUCIONAL DA POSSE QUALIFICADA NA  
DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração em Processo e Garantia de Direitos.

**Aprovado em: 23/02/2012.**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof<sup>o</sup>. Doutor Gleydson Kleber Lopes de Oliveira – UFRN  
Presidente

---

Prof<sup>o</sup>. Doutor D Jason Barbosa da Cunha – UnP  
1<sup>o</sup> Examinador

---

Prof<sup>a</sup>. Doutora Patrícia Borba Vilar Guimarães – UFRN  
2<sup>o</sup> Examinador

NATAL  
2012

*Dedico este trabalho ao meu amado filho Pedro Henrique, fonte de inspiração, para que um dia compreenda meus diversos momentos de ausência.*

## **AGRADECIMENTO**

A Universidade Federal do Rio Grande do Norte, por ter me dado a oportunidade de continuar a labuta árdua, porém, prazerosa, da pesquisa acadêmica.

A Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, por meio do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), antiga FARN, e do seu Curso de Direito, pela confiança depositada no meu trabalho enquanto jovem docente.

A todos os meus familiares e amigos, pelo incondicional apoio na minha trajetória acadêmica.

*“Espero que o leitor (...) receba bem esta tentativa e julgue que as árvores derrubadas para produzir o papel em que foi impressa não caíram em vão”.*  
(CAENEGEM, R. C. Van)

## RESUMO

A constitucionalização das relações privadas é a temática central do presente trabalho. Nele abordamos a superação da dicotomia entre o público e o privado, passando pela funcionalização até a constitucionalização do Direito Civil. Verticalizamos a investigação em relação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sob a lente constitucional, analisamos a tensa relação entre a posse funcionalizada e a propriedade desfuncionalizada. Percebemos que a posse se qualificou e ganhou autonomia, sendo mecanismo de acesso aos bens, na perspectiva do *estatuto patrimonial mínimo*, e de realização do ser, materializando a dignidade humana. Em seguida, investigamos a *desapropriação privada por posse qualificada* como intervenção legislativa que garante a efetivação dos direitos fundamentais por meio do Estado-juiz. Enfrentamos a natureza jurídica, a constitucionalidade e a onerosidade desse instituto. Perquirimos, ainda, a operabilidade que o mesmo confere ao juiz, as vias de exercício, o objeto, questões relacionadas ao ônus e à aferição da indenização, assim como, a natureza, momento e custos da transferência imobiliária. Ao fim, pontuamos a escassez pretoriana, bem como, a necessidade de reparo de *lege ferenda*. A abordagem metodológica foi capitaneada pela dogmática jurídica, em seu aspecto analítico, visto que exploramos conceitos e correlacionamos com o nosso ordenamento. Em conotação empírica, avaliamos a normatividade e aplicabilidade do nosso direito pelos tribunais. Por derradeiro, em visão normativa, fornecemos respostas aos problemas enfrentados e realizamos as devidas proposições, a partir dos resultados provenientes da análise conceitual e empírica.

**Palavras-chaves:** Constitucionalização do Direito Civil. Posse qualificada. Desapropriação privada.



## ABSTRACT

*The constitutionalisation of private relations is the central theme of this work. Approached him overcome the dichotomy between public and private, through functionalization to the constitutionalization of civil law. Research on the effectiveness of horizontal rights. Constitutional under the lens, we analyzed the tense relationship between possession and ownership desfuncionalizada functionalized. We realize that having qualified and gained autonomy, and mechanism of access to goods, in view of the status sheet minimum, and of accomplishment, materializing human dignity. Then, we investigated the expropriation of private ownership qualified as legislative intervention that ensures the enforcement of fundamental rights through the state-court. We face the legal, the constitutionality and the burden of this institute. Also operability that it gives the judge, the process of exercise, the object, issues related to the burden and assessment of damages, as well as the nature, timing and costs of transferring property. At the end, we point to the scarcity palace, as well as the need to repair lege ferenda. The methodological approach has been championed by legal dogmatics in its analytical aspect, as we explore concepts and correlate with our planning. In empirical connotation, we evaluated the normativity and applicability of our law courts. For the ultimate in normative vision, answers to the problems faced and perform the necessary propositions, based on the results from the conceptual and empirical analysis.*

*Keywords: Constitutionalization of the Civil Law. Possession qualified. Expropriation private.*

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 2. ETAPAS DO DIREITO CIVIL: DOS <i>MUNDOS APARTADOS</i> A CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO 3. DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E O RELEVANTE PAPEL DO MAGISTRADO.....</b>	<b>26</b>
3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	26
3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DO DIREITO CIVIL.....	29
3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PRIVADO: <i>INTERPOSITIO LEGISLATORIS</i> OU INCIDÊNCIA DIRETA?.....	32
3.4 A <i>LENTE</i> DO STF NA RECONSTRUÇÃO DO NOSSO DIREITO CIVIL.....	36
3.5 A MAGISTRATURA COMO COPARTÍCIPE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
<b>CAPÍTULO 4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POSSE: REPULSA A INÉRCIA SOCIAL DO PROPRIETÁRIO.....</b>	<b>42</b>
4.1 CONTORNOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO DAS COISAS: DA SUJEIÇÃO A FUNCIONALIZAÇÃO.....	42
4.2 DA PROPRIEDADE PRIVADA: CONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO.....	45
4.3 DA GUINADA PÁTRIA TARDIA EM FACE DA SOCIALIZAÇÃO E O ATUAL CÓDIGO CIVIL: REFLEXOS SOBRE A POSSE E A PROPRIEDADE.....	48
4.4 DA POSSE QUALIFICADA: MECANISMO DE ACESSO AOS BENS E REALIZAÇÃO DO SER.....	54
4.5 <i>VIRADA DE COPÉRNICO</i> E VITÓRIA DA POSSE FUNCIONALIZADA?.....	58
<b>CAPÍTULO 5. A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA POR POSSE QUALIFICADA: MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>61</b>
5.1 DA CRIAÇÃO LEGISLATIVA <i>TUPINIQUIM</i> .....	61
5.2 DA NATUREZA JURÍDICA: ETERNO DISSENSO E NOSSA POSIÇÃO.....	63
5.3 DA CONFORMIDADE E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL.....	71
5.4 DA(S) VIA(S) DE EXERCÍCIO DO DIREITO DOS POSSUIDORES E DO OBJETO DA TUTELA AQUISITIVA.....	74
5.5 DAS CLÁUSULAS ABERTAS: OPERABILIDADE CONFERIDA AO JUIZ.....	77
5.6 A QUEM CABE O ÔNUS DE PAGAR?.....	82
5.7 DOS COMPONENTES DO <i>QUANTUM DEBEATUR</i> , DA FORMA E DO MOMENTO DO PAGAMENTO.....	86
5.8 DA NATUREZA DA AQUISIÇÃO E DA TRANSFERÊNCIA IMOBILIÁRIA.....	88
5.9 DA ESCASSEZ PRETORIANA.....	90
5.10 DAS PROPOSIÇÕES DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	91
<b>CAPÍTULO 6. CONCLUSÕES.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>97</b>

## Capítulo 1. INTRODUÇÃO

A presente investigação científica tem por área de concentração *processo e garantia de direitos* com enfoque na constitucionalização das relações privadas. Nesta senda, em reflexões histórico-evolutivas analisaremos as etapas pelas quais passou o Direito Civil até a abertura do sistema e da interpretação a fim de melhor efetivar a aplicabilidade do Direito.

Em estudo verticalizado, buscamos aclarar a contemporânea relação entre a Constituição e o Direito Civil, sendo aquela o norte maior e irradiante. Para tanto, passamos pelo neoconstitucionalismo e pela influência dos direitos fundamentais no âmbito privado, apontando as teorias e a que prevalece junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Em seguida, pontuamos o importante papel do magistrado na efetivação dos direitos fundamentais, consoante a ética do social em desprezo aos ultrapassados preceitos individualistas.

Dentro deste novo cenário que exige a reconstrução do Direito Civil, a partir da leitura constitucional, elegemos investigar a tensa relação entre a posse e a propriedade, enaltecendo o primeiro instituto. Assim, enfrentamos todos os contornos clássicos da relação jurídica que envolve o direito das coisas, do individualismo a socialização, momento em que a reconstrução do direito a propriedade privada imobiliária, por meio dos referenciais deônticos da função social, impõe novo conceito à posse.

Com efeito, enxergamos a posse funcionalizada como mecanismo de acesso aos bens e realização do ser. Em suma, estudamos a posse qualificada como meio de efetivação dos valores constitucionais, na medida em que concretiza o *estatuto patrimonial mínimo* e à dignidade da pessoa humana.

Em desfecho sistemático analisamos a envergadura constitucional da posse qualificada na desapropriação privada. Esta garante a eficácia dos direitos fundamentais nas

relações entre particulares, a partir da intermediação do legislador ordinário. Neste caso, acreditamos no esvaziamento do direito de propriedade pela desfuncionalização e consequente funcionalização da posse, situação a ser aferida pelo Estado-juiz na rota da efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, observando preceitos legais que criticamos e propomos reforma.

Eis a delimitação do tema enfrentado.

A pesquisa jurídica empregada tem por método de trabalho a análise do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência pátria. A abordagem metodológica funda-se na dogmática jurídica, em seu aspecto analítico, visto que exploramos conceitos e correlacionamos com o nosso ordenamento.

Além disso, em conotação empírica, analisamos a normatividade e aplicabilidade do nosso direito pelos tribunais. Já em visão normativa são fornecidas respostas aos problemas enfrentados e realizadas as devidas proposições, a partir dos resultados provenientes da análise conceitual e empírica.

Quanto ao objeto geral desta dissertação temos a análise da construção e a necessidade de reconstrução do Direito Civil, mediante leitura feita sob a óptica dos valores constitucionais. Nesta rota, visa aclarar que o Código e a filosofia egoísta e patrimonialista deixaram de ser o eixo central da normatividade, tendo cedido à força normativa da Constituição e aos contornos do social, passando a pessoa e suas peculiaridades a ser enaltecido, em verdadeira *repersonalização*, fenômeno que defende a concretização da dignidade humana e a observância dos valores existenciais.

No tocante aos objetivos específicos, pretende este trabalho demonstrar a autonomia e o novo conceito da posse, que decorre da funcionalização. Ademais, visa-se investigar a posse como meio que proporciona acesso aos bens e realização do ser.

Doutra banda, ainda em específico, no esteio da tutela aquisitiva estudamos o instituto da desapropriação privada por posse qualificada. Aqui, serão enfrentadas todas as problemáticas interpretativas, propondo, em seguida, reparo legislativo das disposições. Em suma, analisar-se-á aquele instituto como sendo um instrumento de efetivação e garantia dos direitos fundamentais, a partir da funcionalização da posse frente à desfuncionalização da propriedade, que se esvazia e autoriza a privação por interveniência do Estado-juiz.

Saliente-se que a dissertação que se anuncia é estruturada em seis capítulos, computando-se a introdução e as conclusões. No primeiro capítulo temos a presente introdução. O segundo enfoca as transformações e modernização sofrida pelo Direito Privado. Nele serão estudadas as etapas evolutivas do Direito Civil, dos *mundos apartados* a constitucionalização, registrando o fim da dicotomia entre o público e o privado e a força da funcionalização. Ademais, de maneira correlata, analisa-se a abertura do sistema e as técnicas legislativas empregadas a bem da interpretação e aplicação do direito, registrando, neste ponto, as consequentes alterações no papel do juiz, que de mero *braço do rei* ou cumpridor de ordens deste, passou a condição de *porta-voz do Código* ou *boca da lei* até alcançar a condição de *pro ativo* ou copartícipe na construção e efetivação do Direito.

No capítulo terceiro, como desdobramento do anterior, cuidaremos do Direito Civil contemporâneo. Neste, verticalizamos o estudo partindo do neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito no Brasil. Enfrentamos a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pontuando as teorias da eficácia horizontal indireta, que exige a intermediação do legislador ordinário, e a direta, que a dispensa. Veremos que esta última é a que prevalece no âmbito do STF, garantindo este a reconstrução do nosso Direito Civil. Ainda neste cenário, apontamos a importância da atuação concreta da magistratura na efetivação dos direitos fundamentais.

Em seguida, a investigação é particularizada em relação à posse e a propriedade. No quarto capítulo, avaliamos a relação jurídica de direito das coisas, desde a ideia de sujeição, típica do individualismo, aos contornos da funcionalização. Nesta rota, trabalhamos o novo conceito de posse como símbolo do combate a inércia do proprietário. Para tanto, veremos a construção e a reconstrução da propriedade privada, reconhecendo como tardia a guinada pátria em face da socialização. Em arremate, trabalharemos a posse qualificada como mecanismo de acesso aos bens e realização do ser, pontuando que, apesar da indiscutível juridicidade, a releitura e aplicação ainda deixa a desejar, o que dificulta a *virada de copérnico* quanto à vitória da posse funcionalizada.

Chegando ao penúltimo capítulo enfrentaremos a envergadura constitucional da posse qualificada a partir da desapropriação privada. Veremos ser este instituto uma criação e inovação do nosso legislador que guarda estreita conformidade constitucional. Por amor a dogmática analisamos a natureza jurídica do mesmo, oportunidade em que constatamos um enorme dissenso doutrinário que nos motivou, ao fim, apontar nossa posição.

Ainda no quinto capítulo, serão aferidos os requisitos legais do instituto aludido. Assim, veremos a(s) via(s) de exercício do direito dos possuidores e o objeto da tutela aquisitiva pleiteada. Serão abordadas as cláusulas abertas a partir da operabilidade conferida ao juiz. Após, investigaremos a quem cabe o ônus de pagar à indenização inerente a desapropriação privada por posse qualificada. Outrossim, serão tratados os componentes do cálculo da indenização, a forma e o momento do pagamento, a natureza da aquisição e a transferência imobiliária, bem como, a escassez pretoriana no tocante ao enfrentamento do tema. Por derradeiro, lançamos algumas proposições de *lege ferenda*.

O sexto e último capítulo traz nossas conclusões. De maneira articulada, dentre as principais, apontamos que: (i) no nosso sistema a irradiação da normatividade constitucional sobre as relações privadas deve ser de maneira direta e imediata, independendo de

interposição legislativa; (ii) o juiz precisa compreender a relevância social da sua função para que, ativa e perenemente, concretize os direitos fundamentais em suas decisões; (iii) na perspectiva moderna da *repersonalização* e da *despatrimonialização* a posse qualificada tornou-se meio de materialização do patrimônio mínimo e da dignidade humana; e, (iv) o instituto da desapropriação privada por posse qualificada sintetiza valores constitucionais a serem concretizados pelo Estado-juiz, a partir de soluções interpretativas as regras porosas que facilitam a operabilidade.

## **CAPÍTULO 2. ETAPAS DO DIREITO CIVIL: DOS MUNDOS APARTADOS A CONSTITUCIONALIZAÇÃO**

Furtando-se ao dissenso quanto à cientificidade, podemos compreender o Direito como uma convenção social mutável. Trata-se de um sistema normativo que informa o agir do homem enquanto ser social a fim de garantir, no seu tempo, a harmonia nas relações em que se insere.

Sabe-se que o direito ocidental tem como embrião o romano. A sistematização, inclusive a fragmentação do Direito em ramos, a exemplo do proposto pelo jurisconsulto Ulpiano, em público e privado, além de uma dogmática individual e patrimonial, são legados da Antiguidade.

Com o fim do império romano, já na Idade Média, o direito ganhou uma conotação local. Ou seja, cada comunidade ou feudo ergueu seu próprio ordenamento. Esta etapa plural perdurou até o fortalecimento da monarquia, quando do rei passou o direito a emanar, sob atuação exclusiva de um Estado marcado pelo absolutismo<sup>1</sup>.

No então Estado moderno, a função de dizer o direito, antes prerrogativa do monarca, passou a ser eminentemente estatal, logo, o direito era o posto e o que emanava do Leviatã. Com isso, o positivismo científico idealizado por Comte<sup>2</sup> fora consolidado pela dogmática kelseniana<sup>3</sup>, consubstanciada numa estrutura formalista e hierarquizada em regras postas, escritas, em superação ao jusnaturalismo.

Na sua vertente privatista percebe-se que o Direito ao longo de tais séculos sempre convergiu em torno de uma luta clássica pelo acúmulo de riquezas, tendo a propriedade como

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Lenice Silveira. Ciência jurídica e complexidade: reflexões sobre as mudanças epistemológicas necessárias à compreensão do direito no século XXI. *In*: Revista da FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, v. 5, n. 1/2, jan./dez., 2006. Natal: FARN, 2006, p. 39-40.

<sup>2</sup> Cf. COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. São Paulo: Abril, 1973.

<sup>3</sup> Cf. KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. Coimbra: Arménio Amado, 1979.



seu epicentro. Assim, serviu tal instrumento como mantenedor dos interesses eminentemente particulares<sup>4</sup>, fato este que, por muito, garantiu que a defesa do bem comum fosse substituída pela riqueza privada. Essa rota, típica da concepção hegeliana de juridicidade<sup>5</sup>, explica o abismo entre público e o privado pregado na fase liberal, no século XIX.

Em tal contexto, capitaneado pelos ensinamentos dos positivistas, surgiu à fase do Direito Civil cognominada de *mundos apartados*. Esta fora marcada pela incomunicabilidade da Constituição com o Código Civil e pela consolidação da codificação<sup>6</sup> como instrumento legislativo que tinha solução para tudo<sup>7</sup>.

O Código Napoleônico, maior expoente do referido momento histórico, nasceu como modelo de sistema fechado. Assim, materializava os anseios da burguesia, então classe dominante surgente, afastando-se da Constituição francesa, um dos marcos do constitucionalismo liberal.

Nesse período a lei era vista como único espectro do Direito. Ao juiz era vedado inovar, visto ser mero exegeta com poderes limitados pela subsunção direta. Neste cenário abrolhou a célebre frase de Montesquieu: *o juiz é a boca da lei*, ou seja, mero técnico ou equacionador do fato a norma<sup>8</sup>. Se antes seu papel se resumia ao cumprimento das ordens do rei, de quem era tido como *braço*, na citada fase passou a ser o *porta voz* de um Código, já

---

<sup>4</sup> CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276-7.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 311.

<sup>6</sup> “O movimento de codificação espalhou-se por toda a Europa do século XVIII. Os códigos agora eram fonte de direito característica do sistema jurídico de vários países europeus, com exceção da Inglaterra, onde prepondera a jurisprudência (precedentes) enquanto fonte do direito” (Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *op. cit.*, p. 17-8).

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09 ago. 2010.

<sup>8</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 327-395.

que não lhe foi dado o poder de interpretar, mas apenas de reproduzir o que estava no diploma legislativo, visto que para a Escola da Exegese o Direito se limitava ao Código<sup>9</sup>.

Destarte, a solução de qualquer conflito era pautada tão somente num legalismo, de cunho formalista e positivista, informado pela citada Escola. Como marco, registre-se a presença do silogismo que fora o provedor da técnica da subsunção, ou seja, da imputação com adequação do fato a norma. Esta doutrina ficara filosoficamente conhecida como dedutivista ou legalista<sup>10</sup>, sendo responsável por nortear o nosso Código Civil de 1916.

Com a prática a ideia de sistema fechado de solução de conflitos privados, onde era relegado o processo de interpretação e integração (uso da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da equidade com o fito de sanar lacunas), tornou-se falha. Isto porque, veio a tona que a riqueza fática não havia como ser completamente delimitada pelo legislador, o que tornava inevitável as lacunas na codificação.

O ideal filosófico da primeira etapa implantou um monismo jurídico de ordem liberal e a favor da classe burguesa dominante, falseando de neutralidade um Estado que relegava a atuação social, resumindo-se ao individualismo e patrimonialismo exacerbados<sup>11</sup>. Nesta rota, onde o contexto econômico era voltado para o capitalismo e o político para o liberalismo, sedimentou-se o individualismo jurídico<sup>12</sup>, cuja finalidade do Direito era tão somente assegurar aos indivíduos, leia-se: a classe burguesa, os meios que possibilitasse a expansão e o livre e pleno exercício dos direitos individuais<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. *In*: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa dos 15 anos da Constituição da República Federativa do Brasil e homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, v. 6, n. 23, 2003. Rio de Janeiro: TJRJ, 2003, p. 283.

<sup>10</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *op. cit.*, p. 327-395.

<sup>11</sup> MOREIRA, Lenice Silveira. *op. cit.*, p. 42.

<sup>12</sup> “[...] o homem possui direitos inseparáveis da condição humana, substancialmente intangível. Esses direitos, inalienáveis e imprescritíveis, seriam atributos da personalidade, em função dos quais a ordem jurídica deveria disciplinar a conduta do homem na sociedade” (Cf. GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20ª ed., rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55).

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 55.

Em contraponto ao retro abordado, a escola realista francesa de León Duguit (1859-1928) pugnou por uma concepção social do direito. Em defesa do solidarismo social, verificou-se uma perspectiva de mitigação do direito subjetivo na medida em que este não era exercido em consonância com o bem comum.

Nesta senda, surgiu o *Estado providência* em sobreposição aos preceitos ultrapassados do *laissez faire* do Estado liberal. Com isso, obrigaram-se todos a cooperar com a efetivação do solidarismo social. Logo, o Estado começou a intervir nas relações privadas por meio de normas de ordem pública que passaram a dirigir o exercício dos direitos, sob pena de configuração de abuso.

Com efeito, essa necessidade do direito individual subjetivo de harmonizar-se com os anseios coletivos, haja vista o primado do social sobre o indivíduo<sup>14</sup>, fora suficiente para superação da clássica dicotomia ulpianista entre o direito público e o privado. Para tanto, deve ser considerada a unicidade do Direito sem olvidar a dinamicidade e interconexão entre os ramos que persiste para fins de sistematização e operatividade da ciência.

É válido assentar que mesmo diante de tal certeza científica, ainda na primeira metade do século XX, momento de áurea do positivismo jurídico kelseniano<sup>15</sup>, tentou-se abstrair da norma quaisquer valorações como forma de ressuscitar o modelo dedutivista-legalista de sistema fechado e neutro<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Na era do individualismo jurídico os direitos eram concebidos como absolutos. A igualdade formal e a liberdade civil norteavam o sistema. Do fim do século XIX ao século XX, o Direito enfrentou profunda crise e a quebra de paradigma veio com sua humanização, democratização ou socialização. A partir de então, a concepção fora de relativização do direito, consagrando-se a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais; a satisfação das necessidades sociais; e, a conciliação entre a liberdade do indivíduo com a justiça social, distributiva. Com isso, dentre as principais transformações do pensamento a inaugurar um novo estado da arte, registre-se: (i) o primado do social sobre o individual; (ii) direitos vistos não como prerrogativas do indivíduo, mas como concessões da sociedade. Ou seja, o exercício só é tolerado pelo desempenho de uma função social; e, (iii) o poder de vontade é restringido e os deveres aumentam, contudo, não há falar em sacrifício dos interesses individuais, que persistem, desde que harmonizados com os anseios da coletividade, o que pode ser perseguido por meio das “disposições elásticas” ou cláusulas abertas inseridas no sistema (GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. *ibidem*, p. 56).

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133-4.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 181 ss.

O pós-guerra foi decisivo, pois, a partir de então, admitiu-se em definitivo que o direito não poderia se resumir a uma forma. Assim, os Estados ocidentais enxergaram no realismo uma necessidade, visto que se mostrava inegável a ideia de função do direito.

Destarte, sem sacrificar por completo os interesses individuais, os direitos então absolutos e fundados nos princípios da igualdade formal e da liberdade civil, começaram a ser relativizados, na medida em que a concepção de meras prerrogativas do indivíduo cedeu a ideia de concessões da sociedade, ou seja, o seu exercício só pode ser admitido se em consonância com o bem comum<sup>17</sup>.

Essa quebra de paradigma em benefício da supremacia dos interesses coletivos e pautada na busca pela satisfação das necessidades sociais tem por objeto conciliar a liberdade do indivíduo com a justiça social, distributiva. Nesta rota, assente-se a teoria da justiça social de John Rawls para quem o jurista deve nortear seu labor interpretativo pelas virtudes da solidariedade e do senso de justiça<sup>18</sup>.

A socialização também ganhou contornos cristãos com as clássicas encíclicas editadas pela Igreja Católica, dentre as quais reputamos como relevante: a *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII; a *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII; e, a *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que se destacaram quanto à funcionalização da propriedade privada<sup>19</sup>.

A partir dessa consciência social surgiu o que a doutrina cognomina de período de humanização, ou democratização, ou socialização ou, ainda, funcionalização do Direito. Como expoente deste período, cite-se: Léon Duguit, para quem o homem somente pode ser

---

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. *ibidem*, p. 56.

<sup>18</sup> PEGARO, Olinto. *Ética dos maiores mestres através da história*. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 123-135.

<sup>19</sup> FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. A propriedade relativizada por sua função social. Disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/propriedade\\_funcao\\_social\\_luiz\\_fornerolli.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/propriedade_funcao_social_luiz_fornerolli.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2010.

titular de um direito subjetivo se o tornar socialmente útil, se garantir o cumprimento da sua função social<sup>20</sup>.

Para Duguit o sistema do Direito Privado não podia ser concebido por institutos que conferiam vontade extrema a um indivíduo a ponto de nulificar outro. Em outras palavras, o direito subjetivo defendido pelos liberais, por se encontrar na contramão da solidariedade social, deveria ser negado, enaltecendo-se, para tanto, a objetivação do direito, a fim de conectar cada instituto do Direito Privado, de maneira clara, as suas finalidades. Estas, por sua vez, ante a conotação de deveres sociais que são, precisam ser observadas e cumpridas pelos titulares, sob pena de esvaziamento dos seus próprios direitos<sup>21</sup>.

A posição de Duguit, embora inovadora e em consonância com os anseios do Direito Civil do século XX que, dentre outros, perseguia a superação do egoísmo, do individualismo, por meio da publicização, mostrou-se extrema ao sustentar a extinção da ideia de direito subjetivo. Em moderação ao defendido por Duguit, tem-se o prudente e aceitável posicionamento do jurista francês Josserand<sup>22</sup>, para quem o direito subjetivo persiste, contudo sem o seu caráter absoluto, que fora flexibilizado pela categoria da função social, que impõem deveres sociais que precisam ser observados para o exercício legítimo dos direitos decorrentes de institutos do Direito Civil.

A funcionalização dos direitos<sup>23</sup>, por sua vez, alcançou *status* constitucional com o neoconstitucionalismo<sup>24</sup>. Em paralelo a hierarquia piramidal kelseniana, a Constituição foi posta no topo, submetendo o Direito Civil ao seu vértice interpretativo delimitado pelos princípios. Dito de outro modo, o Direito e, em particular, o Direito Civil foi

---

<sup>20</sup> LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade. *In: Revista dos tribunais*, n. 770. São Paulo: RT, 1999, p. 731.

<sup>21</sup> DUGUIT, Léon. *El derecho subjetivo y la función social*. *In: Las transformaciones Del derecho (público y privado)*. Tradução: Carlos Posada, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 178.

<sup>22</sup> VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às *propriedades*: função social e reconstrução de um direito. *In: A reconstrução do direito privado*, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002, p. 768-9.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. *op. cit.*, p. 53 ss.

<sup>24</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. *In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-97.

constitucionalizado, tendo a dignidade humana e a solidariedade social como nortes, conforme segue.

Essa orientação constitucional de caráter supraindividual, no esteio do aludido ensinamento de Duguit, fora responsável por relativizar o exercício do direito subjetivo, visto que a norma ápice inadmitte a utilização do campo de juridicidade em desacordo com a finalidade social posta pelo sistema. Destarte, não é demais dizer que a funcionalização conteve o abuso do direito<sup>25</sup>, ou seja, o exercício exacerbado de direito subjetivo em violação as finalidades sociais a que se presta e/ou executado de maneira contrária à ética<sup>26</sup>.

Como visto, chegado o século XX, o Estado Social desencadeou a nova fase do Direito Civil que fora denominada de *publicização do direito privado* ou *dirigismo*<sup>27</sup>. Neste momento a dicotomia entre o público e o privado começou a ser flexibilizada, a partir da inserção, mediante lei, de comandos de ordem pública que teve por objeto dirigir o exercício do direito privado sem abusos e em consonância com as exigências sociais. Ou seja, sob a óptica do constitucionalismo social e da doutrina da funcionalização dos direitos<sup>28</sup>, o privado passou a ser visto a partir do público, do coletivo, o ideário do bem comum<sup>29</sup>.

Assim, inevitável foi à tensão instalada entre o sistema fechado privatista, patrimonialista e egoísta, e o discurso social idealizador decorrente de interpretações inovadoras que visavam conferir sentido ao Estado Democrático de Direito que se avizinhava. Teríamos, portanto, a título de metáfora sintetizadora da colisão anunciada, a facticidade do

---

<sup>25</sup> Não há como aprofundar o estudo do abuso de direito, ou melhor, não é o propósito. Todavia, saliente-se que, nos primórdios e sob o prisma subjetivo, “*um ato seria abusivo se fosse exercido sem um real interesse e com o intuito de prejudicar terceiros (...), ou então quando do ato não decorresse quaisquer vantagens para o agente*”. Posteriormente e, sob o enfoque objetivo, fora concebido que, “*ainda que ausente o ‘animus nocendi’, o exercício de um direito pode causar a terceiros danos desproporcionais em relação aos benefícios hauridos pelo titular do direito*”. (FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: O novo Código Civil e a Constituição, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 169).

<sup>26</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *op. cit.*, p. 168-9.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 8ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2010, p. 20-3.

<sup>29</sup> Essa fase pode ser reconhecida também como período de humanização, democratização ou socialização do Direito.

poder estatal e a pretensão de legitimidade do direito, a partir da harmonia do coletivo, da sociedade em geral<sup>30</sup>.

Saliente-se, por oportuno, que essas transformações começaram a serem sentidas já no final do século XIX, com a codificação na Alemanha e edição do BGB, em 1896. Neste momento, em contraponto a Escola da Exegese, os pandectística já admitiam uma abertura interpretativa do sistema privado, tanto que, não obstante o liberalismo vivo e o positivismo da época, já pugnavam por uma maior racionalidade dos institutos, a partir de uma acentuada abstrativização teórica e de dogmatismo, reforçado pela predileção a técnica das cláusulas abertas ou regras porosas, que deflagrou o fortalecimento da jurisprudência<sup>31</sup> em contraste ao enfraquecimento da legalidade e da tipicidade.

Cedendo ao melhor discurso, em especial, de conotação humana e social, o Direito Civil alcançou a sua terceira e atual fase no final do século XX e início do XXI, qual seja: a da *constitucionalização*<sup>32</sup>. Foi neste momento em que as meras normas de ordem pública que informavam o ordenamento infraconstitucional perderam espaço para a interpretação e integração construtiva e informada por uma justiça distributiva<sup>33</sup>.

A quebra do paradigma aludido fora proveniente do neoconstitucionalismo. Esta nova roupagem do constitucionalismo é fruto da formação do Estado constitucional de direito, associada à expansão da jurisdição constitucional. Ademais, percebeu-se o desenvolvimento

---

<sup>30</sup> Esta lição, com as devidas ressalvas, pode ser equivalente a que Marcelo Neves equacionou quando se referiu à relação difícil entre Têmis e Leviatã, norteadas pelos ensinamentos de Niklas Luhmann quanto à teoria dos sistemas em confronto a teoria do discurso de Jürgen Habermas (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010).

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. *op. cit.*

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ibidem*.

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2006, p. 167-205. Lorenzetti, por sua vez, ensina que no “*Direito Privado rege a justiça comutativa, que regulamenta o intercâmbio, e procura que o valor das coisas permutadas seja equivalente*”. Contudo, registra, categoricamente, que “*Pode-se reconhecer que o Direito Privado começa a perceber o efeito distributivo das normas jurídicas e como este efeito gravita na hora das decisões*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. *ibidem*, p. 226)

de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>34</sup> e, em especial, da força normativa da Constituição, que encontra nas lições de Konrad Hesse o seu sedimento científico<sup>35</sup>.

Saliente-se, por oportuno, que a abertura do sistema tem no marco filosófico do neoconstitucionalismo o seu embrião. Isto porque, o pós-positivismo, sem relegar o direito posto, vislumbrou a necessidade de ir além da estrita legalidade, sob enfoque moral e ético.

Neste giro, a *lente ou filtro* interpretativo constitucional promoveu a *despatrimonialização* e, por conseguinte, a *repersonalização* do Direito Civil, o que fora suficiente à problematização dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>36</sup>, inclusive sob o parâmetro da eficácia horizontal<sup>37</sup>. Dito de outro modo, o Homem ao ser erigido como epicentro do Direito, proporcionou que valores existenciais e do espírito, tais como: dignidade da pessoa humana e solidariedade social, passassem a informar o sistema, exigindo, portanto, abertura e mobilidade do mesmo.

Diante disso, tem-se a relativização da tutela da autonomia da vontade na medida em que a proteção à dignidade da pessoa humana é acentuada, conforme as peculiaridades do ser. Como isso, configura-se o abandono da *ética do individualismo pela ética da solidariedade*<sup>38</sup>, que persegue a igualdade material. Para tanto, a codificação enquanto fenômeno do ideário de segurança fechado, como símbolo do monossistema, perdeu suas forças para legislação extravagante que marca a *Era dos Estatutos*. Esta, que desencadeou a abertura legislativa, fora norteada pela técnica do microssistema, que paira sobre o Código Civil e inaugura o polissistema, que converge e se unifica em torno da norma constitucional.

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

<sup>35</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ibidem.*

<sup>37</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 104-115.

<sup>38</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 24.



Com esse novo paradigma, exigiu-se do jurista, do aplicador, uma postura *pro* ativa e socialista<sup>39</sup>, deixando de ser um mero *porta voz* do texto legislativo. Nesta ordem, consoante ensinamento de Canaris, o sistema precisava absorver valores e princípios<sup>40</sup>, sendo, porquanto, imperiosa a abertura, a mobilidade e a preferência pela discussão, o que somente seria possível com o manejo da técnica legislativa das regras gerais ou abstratas, que, ainda assim, em razão das vicissitudes da vida, não prevê tudo.

Assente-se que, tal técnica não se trata de invenção moderna nem contemporânea. Ela provém do método tópico (*topoi*<sup>41</sup>) de Aristóteles, tendo sido revisto e aprimorado pelo alemão Theodor Viehweg. Para este, deflagrado o processo de argumentação deve o intérprete formular várias interpretações e, em seguida, encontrar a solução mais adequada, razoável para o caso concreto<sup>42</sup>. Em síntese, trata-se de um sistema dialético de pensamento, em que o intérprete parte da problematização interpretativa à solução do caso posto, observada a compatibilidade constitucional.

Assim, em vez de lógica, o magistrado trabalha com pontos de vista razoáveis em função das pré-compreensões (tópica), acarretando, no dizer de Haba, que o juiz aplica suas próprias valorações que se afigurem razoavelmente justas no seio social. Destarte, tem-se que a existência de uma racionalidade no sistema jurídico leva a pré-compreensão, o que conduz a redução da arbitrariedade do juiz, conferindo, por fim, maior legitimidade ao processo decisório<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> VIGO, Rodolfo. Interpretação jurídica. São Paulo: RT, 2005, p. 62.

<sup>40</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 105 e ss. Humberto Ávila distingue valor, princípio e postulado (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004). Para o alemão Robert Alexy, princípios seria um mandamento de otimização voltado para um aporte deontológico, o que lhe aproxima do Direito, para quem importa o deve ser. Já o valor dispõe de mero conteúdo axiológico (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva – Coleção teoria & direito público. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-1, e 153).

<sup>41</sup> Significa sede ou depósitos de argumentos.

<sup>42</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *ibidem*, p. 327-395.

<sup>43</sup> HABA, Enrique P. *Precomprensiones, racionalidad y métodos, em las resoluciones judiciales*. In: Revista doxa, n. 22, 1999, p. 49-78. Disponível em: < [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10292/1/doxa22\\_02.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10292/1/doxa22_02.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2009.

Este método hermenêutico encontra compatibilidade com o modelo filosófico processual<sup>44</sup> que, em busca da maior efetividade do ordenamento, em contraponto a mera subsunção, admite além da adequação do fato a norma, a valoração no caso concreto. Assim, teríamos o que o saudoso Miguel Reale denominou de *teoria tridimensional do Direito*<sup>45</sup>, que possibilita o intérprete acompanhar as mutações sociais. Logo, tal teoria, em sintonia com a conotação política, criadora e transformadora do ato de julgar, deu vida à norma a partir do indispensável labor do juiz<sup>46</sup>. Em razão disso, na perspectiva da efetividade, fincou-se o Código Civil de 2002 nos princípios da socialidade, eticidade e operatividade.

Em arremate, sempre no esteio do justo, ao juiz foi dado na fase atual um complexo e amplo poder discricionário, a fim de que possa promover o preenchimento casuístico dos conceitos legislativos indeterminados, valendo-se, para tanto, dos valores e princípios, sem que possa ser levantadas máculas de arbitrariedade. Por outro lado, saliente-se, ainda, que fora enaltecida a responsabilidade constitucional do magistrado na medida em que deve o mesmo conhecer bem o *peso* da normatividade dos direitos fundamentais em nosso sistema, a fim de concretizá-los e não cometer injustiças. Enfim, aprofundaremos esta temática no próximo capítulo.

---

<sup>44</sup> Antes de alcançar o modelo processual foram desenvolvidos o coerentista e o hermenêutico (Cf. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *ibidem*, p. 327-395).

<sup>45</sup> REALE, Miguel. *Variações 3*. 1ª ed. São Paulo: Migalhas/Fundação Nuce e Miguel Reale, 2010, p. 167-170.

<sup>46</sup> ALEXANDRIA, Jessé de Andrade. O juiz é um legislador? *In*: Coletânea de Direito e de Fato, Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho (Org.). Mossoró: ESMARN, 2007, p. 128.

### **CAPÍTULO 3. DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E O RELEVANTE PAPEL DA MAGISTRATURA**

#### **3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Num momento histórico em que na Inglaterra João se via sem suas terras, em virtude da intervenção estatal sobre seu patrimônio e, que, o rei Luís XIV dizia ser a reprodução do Estado francês [*O Estado sou eu*], o princípio democrático [*o Poder emana do povo!*] capitaneado pela ideologia iluminista [*liberdade, igualdade e fraternidade*], desencadeou o movimento constitucionalista. Este fora responsável pelo entendimento humano de que se fazia necessário à promulgação de um Texto Maior [*Lei fundamental*] limitativo do Poder real de governar, que devia ser seguido e respeitado por todos, conforme a ideia *rosseauniana* de Estado.

Assim, na última década do século XVIII e início do XIX a fase do Estado absolutista chegou ao fim. Tal marco ocorrera, entre outros motivos, em virtude da implantação da ideologia político-jurídica denominada *constitucionalismo*, que teve por objeto central a limitação do Poder do rei por meio da Carta Magna, documento que materializou o sentimento de *Governo das leis e não dos homens*.

Como se depreende do exposto, o fenômeno em questão teve por berço a Europa e, em especial, a França com a Constituição de 1791 que seguiu o proposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em seguida, se expandiu por todo o mundo, adaptando-se a realidade de cada estado.

Saliente-se que o constitucionalismo foi se amoldando na medida em que a Constituição começou a se distanciar do aspecto sociológico defendido por Lassale [*de mera folha de papel, consoante os fatores reais de poder*]<sup>47</sup> e aproximar-se dos contornos de juridicidade propostos por Hesse [*a força normativa da Constituição*]<sup>48</sup>. Neste sentido, unindo o jurídico com as transformações políticas do Estado Liberal ao Estado constitucional de Direito, o movimento constitucionalista vem em constante aprimoramento, desde a fase moderna [*constitucionalismo liberal clássico, democrático e social*] até o neoconstitucionalismo, que, conforme leciona Neves, já caminha em direção ao que cognomina de transconstitucionalismo<sup>49</sup>.

O presente item capitular, de maneira simplória, mas sem descuidar do rigor técnico-científico indispensável, ao invés de traçar um panorama do movimento constitucionalista ao logo dos séculos, consoante suas ideologias e direitos emergentes e principais marcos políticos, filosóficos e teóricos ou jurídicos, como sinônimo da manutenção da ordem jurídica, o que, sem sombra de dúvidas, demandaria um trabalho monográfico que foge o propósito em questão, irá se até tão somente ao neoconstitucionalismo e ao processo de constitucionalização do Direito, em especial, no Brasil.

Bem, de maneira pragmática podemos conceituar o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional como sendo um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, a partir de levantes histórico, filosófico e teórico<sup>50</sup>.

Neste diapasão, para eclosão da nova fase do constitucionalismo tivemos que alcançar historicamente a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. O viés filosófico foi desencadeado pelo pós-

---

<sup>47</sup> Cf. LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 5ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2000.

<sup>48</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. *op. cit.*

<sup>49</sup> NEVES, Marcelo. *op. cit.*

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ibidem.*

positivismo<sup>51</sup>, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do Direito a Ética. Como marcos de cunho teórico, inclui-se a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>52</sup>.

Na fase posta de renovação do movimento constitucionalista a Constituição passou a figurar como centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Destarte, a Constituição calhou não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema<sup>53</sup>, razão pela qual o fenômeno é identificado por alguns como sendo uma *filtragem constitucional*, que exige que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a *lente da Constituição*, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Registre-se que, do conjunto de fenômenos aludidos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito, cujos principais ramos podemos citar: o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito Penal<sup>54</sup>. Ademais, quanto à nova geração ou dimensão de direitos, admite-se o surgimento dos chamados direitos cibernéticos e bioéticos<sup>55</sup>.

Há um razoável consenso que esse movimento tenha se fortalecido na Lei Fundamental Alemã de 1949. Para os seguidores deste marco o primeiro grande precedente na matéria foi o famigerado caso *Lüth*<sup>56</sup>, na Alemanha, que trouxe à baila a constitucionalização

---

<sup>51</sup> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Visa à interpretação e aplicação do ordenamento jurídico inspiradas por uma teoria da justiça (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *ibidem*).

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ibidem*.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ibidem*.

<sup>54</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *ibidem*.

<sup>55</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. *ibidem*.

<sup>56</sup> *Lüth* foi um cineasta que boicotou um filme dirigido por *Veit Harlan*, por ter sido este ligado ao nazismo. Julgado em 15 de janeiro de 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o caso *Lüth* assentou a força normativa da Constituição, trazendo-a para o centro do sistema jurídico como filtro interpretativo da jurisdição constitucional e vetor informativo da legislação infraconstitucional. Neste sentido, o Tribunal alemão reformou decisão da jurisdição ordinária por ter vedado o direito fundamental à liberdade de expressão, sob a falha interpretação do Código Civil (BGB) fundada apenas no respeito aos bons costumes.

do Direito Privado, ao admitir o efeito irradiador sobre o Direito Civil<sup>57</sup> e, por conseguinte, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que veremos adiante.

Por outro lado, há quem sustente que o fenômeno referido surgiu nos EUA, de forma assistemática na doutrina e, em especial, na jurisprudência. Com isso, a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nos outros ramos do direito, em particular, no Direito Civil, seria algo muito antigo que ganhou visibilidade com o famoso caso *Shelley v. Kraemer*<sup>58</sup>, decidido pela Suprema Corte em 1948.

Contudo, a corrente majoritária advoga que o termo inicial do neoconstitucionalismo ocorrera com a promulgação da Constituição portuguesa de 1976. Em seguida, sustentam como reafirmações da nova fase a Constituição espanhola de 1978 e, *a posteriori*, de maneira tardia, na Constituição brasileira de 1988, que alcançou o apogeu nos últimos dez anos<sup>59</sup>.

### 3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DO DIREITO CIVIL

A constitucionalização do Direito Civil traduz o apogeu da intervenção estatal nas relações privadas. Antes disso tivemos uma ingerência legal, mediante normas de ordem pública, que guiavam a prática obrigacional e contratual. Esse fenômeno foi seguido pela *decodificação* do Direito Civil e o surgimento dos microssistemas protetivos, que marcaram a

<sup>57</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *op. cit.*, p. 44.

<sup>58</sup> “Com o intuito de evitar a presença de negros em um loteamento na cidade de Saint Louis, exigiu-se, via contrato, que os compradores de terrenos no local não poderiam aliená-los em favor de indivíduos não-brancos. Um dos proprietários, no entanto, resolveu vender sua propriedade a um casal de negros e essa venda foi contestada judicialmente, por violação da cláusula restritiva”. Analisando o caso a Suprema Corte dos EUA entendeu que a restrição referida afrontaria a igualdade, conforme defendido na Emenda XIV da Constituição americana e, portanto, mitigou a autonomia privada ao decidir pela nulidade da cláusula e validade da venda. Assim, teríamos o primeiro registro da constitucionalização das relações privadas. No entanto, Silva sustenta que apesar da notoriedade do caso *Shelley v. Kraemer*, em verdade, há outros bem mais antigos na Suprema Corte como, por exemplo, o caso *Buchanan v. Warley*, de 1917. (SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares – Coleção teoria & direito público. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19-20).

<sup>59</sup> ACKERMAN, Bruce. A ascensão do Constitucionalismo Mundial. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007, p. 89-111.

*Era dos Estatutos*, momento em que a igualdade *material* passou a se contrapor a cristalina igualdade *formal* de direitos subjetivos, então defendidos pela codificação. Com isso, o monossistema, típico da codificação, restou deformado ante a pluralidade e a abertura inaugurada pelos estatutos<sup>60</sup>.

Destarte, a solução sistêmica e axiológica fora confiada a Constituição<sup>61</sup>, que se tornou o eixo unificador, ou seja, ponto de partida e chegada da interpretação e aplicação do Direito, harmonizando toda a ordem jurídica privada. Com efeito, fora deflagrada a constitucionalização do Direito Civil.

Para Lôbo essa fase atual, que transmudou o eixo normativo do Código a Constituição, fora capitaneada pela elevação de princípios fundamentais e institutos tipicamente privados ao plano maior dos valores<sup>62</sup>. Klee, incrementando o pensamento de Lôbo, sustenta que fora observada e enaltecida a força normativa da Constituição, como símbolo da hermenêutica concretista contemporânea, que exige uma interpretação conforme a norma ápice e recebe influência direta da juridicidade dos direitos fundamentais individuais e sociais<sup>63</sup>, que flexibiliza a autonomia privada. Nesta senda, também escreve Tepedino. Este notável doutrinador prega que a Constituição deixou de ser vista apenas como um documento que sintetizava as aspirações políticas, ao que dizia Lassale e, tornou-se, em verdade, a ser compreendida como um rígido diploma de onde emana a normatividade do sistema, a força normativa vinculativa e obrigatória dos seus preceitos<sup>64</sup>, conforme defendeu Hesse.

Diante deste cenário, profundas foram as alterações no âmbito do Direito Civil dito contemporâneo. A mais evidente foi à quebra de paradigma em relação ao sujeito de direito,

---

<sup>60</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: Problemas do direito civil-constitucional (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

<sup>61</sup> KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. *In*: Revista dos tribunais, ano 97, v. 870, abr. 2008, p. 81-104. São Paulo: RT, 2008, p. 84.

<sup>62</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

<sup>63</sup> KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *op. cit.*, p. 85.

<sup>64</sup> TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *In*: Temas de direito civil, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358.

que deixou de ser *abstrativizado*, sob a óptica da ética do individualismo, e passou a ser visto sob prisma da igualdade *material*, em dimensão *real*, guiada pela solidariedade social e a dignidade humana<sup>65</sup>. Para tanto, a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor, o princípio central do sistema jurídico, consolidando a funcionalização das relações jurídicas patrimoniais<sup>66</sup>. Assim, como consequência imediata da constitucionalização, tem-se que o hodierno Direito Civil passou a vivenciar a *repersonalização*, momento em que a pessoa humana e os valores existenciais se tornam o epicentro, restando o patrimônio em segundo plano e a seu serviço.

Nesta senda, segue o Direito Civil contemporâneo a perspectiva jusfilosófica do pós-positivismo, em que o Direito se aproxima da Ética, em verdadeira reação ao fracasso político do positivismo. Com isso, a condição humana fincou-se como o único e exclusivo requisito para que o Homem possa ser visto como titular de direito na nossa ordem<sup>67</sup>. Ademais, ganhou força a ideia de princípio jurídico, cuja carga axiológica é elevada pela dignidade da pessoa humana, *superprincípio*<sup>68</sup> que garante a *unidade material da Constituição*<sup>69</sup>, unificando e centralizando todo o sistema.

Vale ressaltar que, há vozes em desfavor desta relevância constitucional dada as relações privadas. Dentre as principais objeções, que com maestria foram sintetizadas por Tepedino<sup>70</sup>, temos:

---

<sup>65</sup> “A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira da adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. O homem abstrato do liberalismo econômico cede espaço para o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido” (LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. *op. cit.*, p. 14-7).

<sup>66</sup> TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *op. cit.*, p. 358.

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *In: Revista dos tribunais*, ano 94, v. 833, mar. 2005, p. 41-53. São Paulo: RT, 2005, p. 46-7, e 52.

<sup>68</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 46-7, e 50-1.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

<sup>70</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. O direito civil e a legalidade constitucional. *In: Revista Del Rey jurídica*, 13:23. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



“a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada;  
 b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados;  
 c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional;  
 d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada”.

De igual modo, Martins adverte que, de uma maneira geral, a doutrina nacional tende a enxergar o processo de constitucionalização do Direito Civil no Brasil como algo benéfico. Contudo, para o citado autor há mácula de cientificidade. Para ele são ignorados riscos gravíssimos, como: “1º) *O comprometimento da autonomia do Direito Privado; e, 2º) A ineficácia material de normas do Direito Privado e do Direito Constitucional, provocada pela confusão entre medida e objetivo de controle*”<sup>71</sup>.

Em arremate, não obstante tais levantes em sentido contrário, tem-se que a *fenomenologia* em questão é algo inevitável e intransponível há este tempo. Essa circunstância impõe ao intérprete o manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição. Assim, a lei civil deve ser interpretada e aplicada de maneira a concretizar os valores e os princípios constitucionais, devendo a Constituição ser o ponto de partida, o *filtro axiológico*, e não mais o Código.

### **3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PRIVADO: *INTERPOSITIO LEGISLATORIS* OU INCIDÊNCIA DIRETA?**

---

<sup>71</sup> MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, n. 2, jul./dez. 2004, p. 89-127. São Paulo: EPM, 2004, p. 123.

Inicialmente, ressalte-se que no presente item o propósito é apenas sobrevoar as teorias relativas à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Aqui, não enfrentaremos a teoria geral dos direitos fundamentais, algo que, certamente, demandaria um novo trabalho ante a vastidão e profundidade da temática.

Bem, deflagrada a fase constitucionalista retro estudada, bem como, o processo de constitucionalização do Direito, a doutrina passou a enfrentar questionamentos relativos à aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito privado. Isto porque, tradicionalmente, os direitos humanos, então positivados, somente poderiam ser exigidos do Estado. A relação era tão somente verticalizada. Postura omissa – salvo embargos doutrinários em contrário –, ou violadora do Estado, em particular, em sua função administrativa, ensejaria a qualquer cidadão prejudicado a busca da tutela da função jurisdicional, inclusive, por meio de garantias clássicas, a exemplo, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, dentre outras.

Pois bem, pode um particular exigir respeito doutro particular no tocante a direito garantido pelo Estado como sendo fundamental? E a autonomia privada exercida deve sempre prevalecer?

Para responder a tais indagações, não obstante reconheçamos o avanço em outros países, nos reportaremos apenas às experiências norteamericana e alemã, pontuando, ao fim, a influência sofrida pelo Brasil. Vejamos.

Apesar de se tratar de um estudo assistemático da doutrina e jurisprudência norteamericana, em virtude da praticidade peculiar do seu sistema, há registros que a Suprema Corte, em 1917, observada a sua tradição do *comon law* e dos precedentes, no caso *Buchanan v. Warley* reconheceu a aplicação dos direitos fundamentais em relação jurídica eminentemente particular. Contudo, somente em 1948, no caso *Shelley v. Kraemer* foi que o entendimento ganhou notoriedade. Neste último caso a Suprema Corte reconheceu à incidência da Emenda XIV da Constituição americana e, por conseguinte, a igualdade, em

face de atos constitutivos de loteamento na cidade de *Saint Louis*, que restringia à aquisição dos lotes a pessoas brancas e vedava que essas os vendessem a negros. Destarte, declarou a Suprema Corte a nulidade da cláusula restritiva aludida por entender que a mesma violava direito fundamental e reconheceu a validade do contrato de compra e venda de um lote a um casal de negros<sup>72</sup>.

Todavia, em que pese a importância do citado precedente, em verdade, os norte-americanos são adeptos da perspectiva vertical da eficácia dos direitos fundamentais, trabalhando a horizontalidade como exceção. Nesta rota, a incidência entre particulares dos valores constitucionais é temperada pela técnica da ação estatal (*state action*). Para eles o Estado, por meio da função jurisdicional, somente pode intervir nas relações privadas quando entender que o ato de qualquer dos particulares violou direitos fundamentais. Tal técnica objetiva, portanto, “definir em que *situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”<sup>73</sup>.

Por outro lado, na Europa, seguindo a tradição alemã de teorização, em contraponto a norte-americana, o tema em registro foi aprofundado e sistematizado. A partir do conhecido caso *Luth*, já referido neste trabalho, os alemães iniciaram os estudos em torno do que denominaram de *teoria da irradiação dos valores constitucionais*. Nesta, o núcleo teórico circunscreve o alcance dos direitos fundamentais, ou seja, a forma como a juridicidade se espalha sobre toda a ordem jurídica e, em especial, a privada.

Assim, foi na Alemanha que a teoria da eficácia horizontal ganhou força e se sedimentou, alcançando o resto do mundo. Logo, a resposta a primeira indagação é afirmativa. Por consectário lógico, tem-se por flexibilizada a autonomia privada<sup>74</sup> ao permitir

---

<sup>72</sup> SILVA, Virgílio Afonso de. *op. cit.*, p. 18-20.

<sup>73</sup> SILVA, Virgílio Afonso de. *ibidem*, p. 98-102.

<sup>74</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In*: Revista de informação legislativa do Senado. Brasília-DF, ano 36, n. 141, jan-mar, 1999, p. 99-109. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/453/4/r141-08.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2009.

a ingerência norteante da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais por ela garantidos.

E como se dá a referida mitigação da autonomia privada? O intérprete pode ir direto à Constituição a fim de alcançar a solução? Ou depende da participação da norma infraconstitucional, ou seja, do legislador ordinário, cujo deslinde estaria no manejo da técnica de interpretação conforme a Constituição<sup>75</sup>, que legitima a aplicabilidade?

Em resposta os alemães trabalharam duas teorias. A primeira permite a aplicação direta da Constituição às relações privadas, por entender que a eficácia das normas constitucionais é imediata. Por outro lado, surgiram vozes na defesa da aplicação indireta ou mediata. Para esses últimos a flexibilização da autonomia privada só se classifica como legítima se houver a interferência do legislador ordinário que, valendo-se da proporcionalidade, elege a forma com que a normatividade fundamental alcança as relações privadas, em total observância aos princípios democrático e da representatividade<sup>76</sup>.

Para Martins deve prevalecer à corrente alemã da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Assim, sustenta a não-vinculação imediata dos particulares ao defender a autonomia do Direito Civil. Assevera o referido autor que, apenas o legislador ordinário [*com vínculo de atuação concreta previsto implicitamente na ação direta de inconstitucionalidade*] dispõe de legitimidade para sopesar, previamente, a normatividade dos direitos fundamentais, não obstante a interpretação sistemática e a incidência do §1º do art. 5º, da Constituição da República<sup>77</sup>.

Neste diapasão, ao Judiciário seria vedado aplicar diretamente à normatividade constitucional as relações privadas. Destarte, o vínculo do magistrado aos direitos fundamentais visto no momento da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional

---

<sup>75</sup> ANDRADE, André. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. In: A constitucionalização do Direito: a Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003, p. 101-125.

<sup>76</sup> SILVA, Virgílio Afonso de. *ibidem*, p. 18-20.

<sup>77</sup> MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, p. 120.

conforme a Constituição dependeria de interposição prévia legislativa. Ou seja, o julgamento da relação jurídica privada à luz das normas de direito fundamental estaria condicionado à inserção dessas na legislação infraconstitucional<sup>78</sup>, após sopesamento legítimo do Parlamento e posituação de conceitos abertos ou regras porosas, a possibilitar o *diálogo* entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais privadas, em respeito à dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais<sup>79</sup>.

Na Alemanha prevaleceu a última corrente apontada e defendida por Martins. Contudo, acreditamos que ela merece crítica reparadora, visto que menospreza a força normativa da Constituição na medida em que reduz a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao defender a necessária intervenção do legislador ordinário.

Por derradeiro, deve ser reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como pilar da constitucionalização do Direito Civil, tendo, a partir deste modelo, sido intensificado o estudo dos civilistas<sup>80</sup>, que hoje, em sua maioria, defendem a eficácia imediata e a aplicação direta das normas constitucionais as relações privadas. No Brasil, registre-se que, mesmo tardiamente, a discussão ganhou espaço na doutrina e na jurisprudência, em particular, do STF. No próximo item estudaremos a evolução do entendimento da nossa Corte sobre a temática.

### **3.4 A LENTE DO STF NA RECONSTRUÇÃO DO NOSSO DIREITO CIVIL**

---

<sup>78</sup> MARTINS, Leonardo. *ibidem*, p. 121-2.

<sup>79</sup> MARTINS, Leonardo. *ibidem*, p. 121-3.

<sup>80</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002* – Coleção Prof. Rubens Limongi França, v.2. São Paulo: Método, 2007, p. 73-84.

Na perspectiva de Hesse, a força normativa da Constituição<sup>81</sup> deve ser observada não só na aplicabilidade das normas constitucionais, mas de qualquer ramo do Direito. Como visto, o neoconstitucionalismo, seguido do fenômeno da Constitucionalização do Direito, enalteceu a supremacia da Constituição no plano da eficácia e interpretação, tornando a norma ápice o epicentro quando da aplicabilidade, visto que dela irradiam os feixes que informam a legislação infraconstitucional.

Ocorre que, o reconhecimento pelo STF da força normativa da Constituição e de sua eficácia, no tocante às relações privadas, é fato recente na jurisprudência da Corte, tendo como marco o ano de 2005. Antes disso, passamos por duas fases. A primeira, sob a óptica dos *mundos apartados*, inadmitia a aplicação das normas constitucionais na solução de litígios entre particulares, já que aquelas não dispunham de qualquer efeito vinculante, sendo meramente programáticas. Na fase subsequente, fora desencadeada a reflexão em torno da efetividade das normas constitucionais, a partir da doutrina da força normativa dos princípios constitucionais. Contudo, mesmo assim, ainda não fora possível quebrar o paradigma, tendo sido atribuído a eficácia limitada às normas constitucionais, permanecendo a sua incidência no âmbito privado condicionado a edições de normas infraconstitucionais<sup>82</sup>.

No início da década de noventa, embora voto vencido na ADI n. 4, o então Ministro Carlos Velloso, sustentou no Plenário do STF, o caráter autoaplicável das normas constitucionais, ou seja, de que elas são executórias, portanto, de eficácia plena e aplicabilidade imediata em face de toda a ordem jurídica<sup>83</sup>. A partir de então, iniciou-se na Corte a progressiva superação da dicotomia entre o público e o privado<sup>84</sup>, passando a ser

---

<sup>81</sup> HESSE, Konrad. *ibidem*.

<sup>82</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *In*: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, ano 7, n. 28/29, jul./dez., 2008. Disponível em: <[www.esmpu.org.br](http://www.esmpu.org.br)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07/03/1991, voto do Min. Carlos Velloso, p. 165-173, DJ 25/06/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª T., RE 160.222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/04/1995, DJ 1º/09/1995. Disponível em:

admitido o *diálogo das fontes*<sup>85</sup>, Constituição e Código Civil. Isto é, aos poucos chega à jurisdição constitucional, a aplicação direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais as relações privadas – independentemente da mediação do legislador<sup>86</sup> –, a partir da incidência de princípios, como: dignidade da pessoa humana, devido processo legal, legalidade, ampla defesa e isonomia material.

A consolidação paradigmática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo STF, inclusive superando divergência doutrinária quanto à aplicabilidade direta ou indireta das normas constitucionais, ocorreu com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, em 11 de outubro de 2005, onde foi consignado que “*os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares*”.

Com efeito, percebe-se que, mesmo tardiamente, o STF vem contribuir com a reconstrução do Direito Civil contemporâneo ao consentir a releitura do regramento infraconstitucional por meio da normatividade imediata dos direitos fundamentais, a fim de concretizar a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade substancial, dentre outros valores existenciais que devem ser respeitados pelos particulares em suas relações.

### **3.5 A MAGISTRATURA COMO COPARTÍCIPE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+160222.NUME.\)+OU+\(RE.ACMS.+ADJ2+160222.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+160222.NUME.)+OU+(RE.ACMS.+ADJ2+160222.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

<sup>85</sup> Sobre o tema ver lição da Professora Cláudia Lima Marques consignada na obra que segue: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *op. cit.*, p. 26-58.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2004, p. 294.

O Judiciário tornou-se o Poder da contemporaneidade<sup>87</sup>. A imperiosidade do resgate das *promessas da modernidade* fora confiada à função estatal referida, cabendo-lhe a garantia efetiva e eficiente da igualdade, da justiça social e dos direitos humanos fundamentais<sup>88</sup>.

Assim, na rota do fiel cumprimento do *cheks and balances*, a sociedade contemporânea espera respostas concretas do Judiciário no exercício do seu papel institucional, já que não só basta “interpretar a realidade social, mas também transformá-la”<sup>89</sup>, sendo o Direito um instrumento a favor da Justiça, da efetivação da dignidade da pessoa humana e da inclusão social<sup>90</sup>.

Neste contexto, a magistratura renovou seus poderes, legitimidade e responsabilidade social. Logo, no novo *estado da arte* o juiz tornou-se *por ativo*. Em favor disso, como visto alhures, houve a abertura do sistema e o uso desenfreado da técnica legislativa das regras porosas ou cláusulas abertas, que proporcionou uma maior discricionariedade na interpretação e aplicação do Direito e, por conseguinte, na efetividade do sistema jurídico.

Associado a isso, temos a era da principiologia. Dispensadas as críticas quanto à ideia vulnerável de segurança jurídica e ao ativismo judicial, trata-se do reconhecimento do importante papel que os princípios desempenham na hermenêutica construtiva contemporânea. A ampla generalidade de tal espécie de norma facilita a interpretação e aplicabilidade do Direito, visto a melhor acomodação na valoração<sup>91</sup> do fato; ao contrário da

---

<sup>87</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: A constitucionalização do direito: a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica, André Andrade (Org.). Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003, p. 6-7.

<sup>89</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord). Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

<sup>90</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *ibidem*, p. 54-5.

<sup>91</sup> Alexy ainda apresenta uma distinção entre princípios e valores. Para o citado autor eles se diferenciam somente em virtude do caráter deontológico do primeiro, e axiológico do segundo. No direito o que importa é o que *deve ser*. Isso milita a favor do modelo de princípios (Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *op. cit.*, p. 153). De todo modo, para Filgueira o sistema adequado a recepcionar valores e princípios deve admitir abertura, mobilidade e cláusulas gerais. Nesta rota, temos o deflagrado pelo Código Civil de 2002 (Cf.



normatividade da regra [*salvo a porosa*], que por ser de baixa generalidade, conforme critério adotado por Alexy<sup>92</sup>, não confere margem a interpretação extensiva.

Com efeito, sendo o *locus* normativo aberto o juiz passou a dispor da operabilidade, ou seja, da possibilidade de no caso concreto buscar a melhor interpretação a partir da análise da norma e/ou instituto jurídico na perspectiva de *ferramenta* de solução de conflito<sup>93</sup>. Admite-se, inclusive, o uso da equidade para solução da controvérsia<sup>94</sup>, consoante experiência do aplicador do direito. Outrossim, deve ser levado em conta também o *culturalismo realiano*, que exige a observância da evolução dos valores na construção do Direito<sup>95</sup>.

Partindo deste cenário, tem-se que com a mudança do centro axiológico ou guinada *copernicana* do Direito Civil contemporâneo – ao se afastar do patrimonialismo e da noção de indivíduo atomizado ou abstrato ante o enaltecimento da pessoa e das peculiaridades protetivas [*criança e adolescente, idoso, consumidor, etc.*], no que se cognominou de *repersonalização* –, o magistrado no seu labor diário deve antes se ater a irradiação dos direitos fundamentais. Assim, o projeto dos valores constitucionais nas relações interprivadas exige do juiz intervenção efetiva e concreta, norteadas pela isonomia material a fim de

---

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 31 e 35).

<sup>92</sup> Alexy “denomina os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Já as regras são normas que não sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Nos conflitos entre regras (antinomia), a solução é a exclusão de uma frente à outra, utilizando-se dos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade. Já no caso da colisão entre princípios não há exclusão e, sim, sopesamento, ou seja, abrandamento por meio do uso da proporcionalidade, que busca ajustar os preceitos. Para a aplicação do princípio da proporcionalidade devem ser observados três critérios, conforme lição *alexiana*. O primeiro é a adequação, onde se busca a exata correspondência entre os meios e os fins. O segundo é o da necessidade, quando se está diante de um choque, uma tensão. Por fim, tem-se o da proporcionalidade em sentido estrito, que se trata da ideia representativa da balança que serve para sopesamento dos princípios, a ponto de se chegar à conclusão sobre o que prevalecerá no caso concreto, isto é, o que está mitigado e o que será enaltecido. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. *ibidem*, p. 90-1).

<sup>93</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: Direito Civil – Direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (Coord.). São Paulo: Método, 2006, p. 239.

<sup>94</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Uma leitura do conceito de equidade nas relações de consumo. In: A constitucionalização do direito: a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica, André Andrade (Org.). Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003, p. 398-400.

<sup>95</sup> TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos..., *op. cit.*, p. 67-73.

construir uma sociedade mais justa, livre e solidária, sobre o “pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos<sup>96</sup>”.

Desta feita, diante da grande responsabilidade outorgada pelo Estado ao juiz<sup>97</sup>, Martins alerta que deve o mesmo observar rigorosamente a eficácia horizontal a fim de evitar que seu labor interpretativo não incorra em afronta a direitos fundamentais. Para tanto, prega que deve o magistrado compreender o “*alcance da tutela constitucional especialmente dos comportamentos especificamente tutelados, do efeito prescrito e do sistema constitucional positivo*”<sup>98</sup> para melhor dosar a irradiação dos valores sobre as relações privadas, efetivando-os, conforme veremos no próximo capítulo em relação à posse funcionalizada.

---

<sup>96</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *ibidem*, p. 55.

<sup>97</sup> Em tom de alerta quanto à responsabilidade social do Judiciário e, por conseguinte, da magistratura, assenta Lopes: “*Com a devida atenção ao fato de que o Judiciário subordina-se à lei de um lado, e de outro precisa estar preparado para reconhecer os limites e os avanços legais no que diz respeito aos direitos subjetivos à distribuição dos recursos sociais, e com a devida atenção ao que já se pode saber dos efeitos perversos que decisões judiciais podem trazer, seja negando reiteradamente a justiça distributiva, seja reforçando as posições adquiridas sob um regime iníquo econômica e politicamente, há um papel problemático na sua função tradicional*”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito. *In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed., 4ª tiragem, José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142).

<sup>98</sup> MARTINS, Leonardo. *ibidem*, p. 123.

## CAPÍTULO 4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POSSE: REPULSA A INÉRCIA SOCIAL DO PROPRIETÁRIO

### 4.1 CONTORNOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO DAS COISAS: DA SUJEIÇÃO A FUNCIONALIZAÇÃO

Em espectro amplo de análise a relação jurídica civil é formada por sujeitos, objetos e fatos jurídicos. O primeiro elemento são as pessoas naturais ou jurídicas envolvida naquela. O objeto, por sua vez, são os bens que tem por espécies a coisa corpórea e a incorpórea. Já os fatos, em sua essência abstrata e com fulcro no ordenamento, empregam juridicidade e promovem o vínculo entre o sujeito e a coisa, materializando a relação.

No tocante ao direito das coisas a relação jurídica é consubstanciada entre o sujeito ativo, titular do direito, quer seja pessoa natural ou jurídica, e a coisa. No nosso sistema, o vínculo entre eles é proporcionado pela aquisição decorrente da tradição, sendo o objeto bem móvel, assim como da transcrição no registro imobiliário, tratando-se de imóvel. Em viés clássico a relação jurídica referida comportaria apenas um sujeito, qual seja: o ativo. Contudo, esta convenção doutrinária cedeu à visão moderna que preceitua a existência de um *sujeito passivo indeterminado* na relação jurídica aludida<sup>99</sup>. Este novo sujeito seria a coletividade, visto ser imposto a ela o dever jurídico de não interferir no vínculo entre sujeito ativo e a coisa, ou seja, de respeito à coisa alheia, vedando-se qualquer ato de terceiro que tenha por objeto a moléstia da posse e o comprometimento do domínio de outrem.

O surgimento deste *sujeito passivo indeterminado* reforça o que se denominou de direito de seqüela. Este, por seu turno, seria o poder jurídico *erga omnes* conferido pela ordem

---

<sup>99</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 5: direito das coisas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26-9.

jurídica ao titular do direito sobre a coisa, autorizando-lhe, sob a óptica protetiva, a exigir da coletividade o respeito à coisa que lhe pertence, cuja perfectibilização ocorre por meio de atos de defesa ou de desforço necessário (autotutela ou legítima defesa), bem como, através do manejo dos interditos possessórios que visem combater às moléstias, nas espécies esbulho e turbacão, e as ameaças dessas<sup>100</sup>; além do uso de expedientes petitórios, em especial, a ação reivindicatória, quando a litígio envolver o domínio.

A instauração da relação jurídica de direito das coisas proporciona ao seu sujeito ativo o exercício de direitos que decorrem da coisa, quais sejam: usar, gozar ou fruir, reaver e dispor. Estes direitos ou atributos, assim como a relação jurídica em foco, são permanentes, salvo se o seu titular exercer o poder de alienação consubstanciado pela compra e venda, doação, permuta ou dação em pagamento; ou, se ocorrer intervenção estatal que suprima a coisa da esfera patrimonial do particular, tendo como exemplo a desapropriação.

Saliente-se que, o dogmatismo, que implica em proceder subordinado a segurança jurídica formal, trata o direito das coisas como gênero que tem por espécie os direitos reais, não obstante ambos serem fundados na relação jurídica sobre a coisa. Para tanto, no tocante à enumerabilidade, os direitos reais seriam *numerus clausus* e típicos, limitando-se, portanto, a previsão legal<sup>101</sup>. Essa premissa, que decorre de influência das codificações burguesas e que fora adotada pelo nosso sistema desde o Código Civil de 1916, exclui a posse como espécie de direitos reais.

Por outro lado, assente-se que a doutrina de vanguarda tende a sustentar a possibilidade de criação de novos direitos reais por meio da autonomia da vontade. Destarte,

---

<sup>100</sup> Em relação aos graus da moléstia da posse e os seus respectivos remédios processuais Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Ações possessórias: enfoque sobre a cognição*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

<sup>101</sup> Em obra coletiva, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, seguindo a doutrina clássica, assenta que: “(...) *imperam no campo dos direitos reais, dentre outros, os princípios da legalidade ou tipicidade e da taxatividade ou do numerus clausus. Pelo primeiro, os direitos reais somente podem ser criados por lei, e desde que o negócio se subsuma ao tipo previsto na lei. Pelo segundo, os contraentes não dispõem de autonomia para a configuração dos direitos reais previstos em lei*” (Cf. GERAIGE NETO, Zaiden; et. al. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 12: da propriedade, da superfície e das servidões, Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 231).

no esteio do que ocorre na Espanha, conceberíamos um sistema fincado na ideia de *numerus apertus* e da atipicidade, visto que nem todos os direitos reais estão previsto na lei<sup>102</sup>, sendo esta apenas o ponto de partida para construção da juridicidade entre sujeito e coisa. Neste diapasão, a posse como fato jurídico autônomo pode ser inserida na categoria dos direitos reais.

Diante deste cenário, tem-se que a relação do ser humano com a coisa por muito fora concebida como algo estático na medida em que ao seu titular não era imposto dever, mas, tão somente, reconhecido direito. Ou seja, o vínculo jurídico, a essência abstrata que promove o liame entre o sujeito e o objeto, norteava-se pela sujeição, posto que o que importava era o acúmulo de riquezas sem qualquer ressalva ou combate aos abusos cometidos em desfavor da coletividade<sup>103</sup>. Assim, era vivenciado um notório individualismo e patrimonialismo a serviço do *império do ter*.

A partir do desenvolvimento do pensamento kantiano que preceitua o ser humano como fim, associado as lições do pós-positivismo, que sustenta a reaproximação do Direito a Ética, tivemos uma quebra de paradigma no sistema jurídico-privado até então eminentemente burguês. Como visto alhures, neste momento fora incorporado ao Direito Civil a dignidade humana em seu aspecto material e coexistencial<sup>104</sup>, iniciando-se a superação do *ter* pelo *ser*.

<sup>102</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In: Princípios do direito civil contemporâneo, Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 419-425.

<sup>103</sup> “Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, mas sem interferência do Estado e sem consideração aos interesses sociais” (LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. *ibidem*, p. 15). A propriedade era concebida como “sacrossanta”, sendo indispensável ao capitalismo e a sociedade burguesa.

<sup>104</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: < <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vkJC5-PEcfQJ:www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf+A+dignidade+da+peessoa+humana+no+direito+contempor%C3%A2neo&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESibIxV5aS7WhxLcZNQPr2GeBH8doWGi9Y6-ZnwP0qiQf1AA7qCTv5sZD3XrG14OdMuj3vKHLOc50uzCCO5yghl7K63nh8dBKkaBC5v1QnAMat96zivvBRooBvHIZv0Pm7henc6Y&sig=AHIEtbT9SkMfhPtJWM644xCKsOpnc7DUTg>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

Nesta vertente, o vínculo jurídico passou a ser enxergado à luz de uma carga solidarista e funcionalizante que promoveram a *despatrimonialização* e a *repersonalização* do Direito Civil contemporâneo, com ênfase nos valores e na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a partir da cognominada eficácia horizontal<sup>105</sup> estudada em capítulo retro. Com isso, o vínculo jurídico que envolve as coisas passou a ter um aspecto dinâmico ante a imposição de deveres sociais ao titular do direito. Logo, segundo lições de Duguit<sup>106</sup>, a concepção de direito subjetivo fora materialmente alterada.

Como exemplo da alteração substancial aludida, tivemos a *era da funcionalização*, que, no âmbito do direito das coisas alcança, implícita e explicitamente, a posse e a propriedade, transformando os conceitos desses. Assim, sobre estes institutos, em especial, a propriedade, pende deveres sociais a serem observados pelos seus titulares. Logo, o exercício deles deve ser em consonância com o interesse da coletividade<sup>107</sup> para que tenham respaldo constitucional.

## 4.2 DA PROPRIEDADE PRIVADA: CONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

Em trabalho de fôlego, Varela investiga a construção do direito de propriedade partindo da coletivização a individualização, ou seja, do seu aspecto comum ao privado. Para a autora, o instituto criado a fim de traduzir o vínculo jurídico que liga o homem a coisa dispõe de aspecto singular, abstrato e formal, já bem antes do período da codificação. Chegada essa fase a propriedade fora concebida como “*modelo antropológico napoleônico-*

---

<sup>105</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>106</sup> DUGUIT, Léon. *op. cit.*

<sup>107</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *In*: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 63, jul./set., 1986, São Paulo: RT, 1986.

*pandectista*”<sup>108</sup>, sendo “*consagração de uma visão individualista e potestativa*” e “*baluarte das liberdades individuais contra a ingerência do Estado*”<sup>109</sup>. Assim, como marca da ideologia liberal, a propriedade privada se consolidou como direito absoluto, exclusivo, ilimitado, sagrado e inviolável, de livremente usar, gozar e dispor da coisa, sendo positivado no Código Civil francês<sup>110</sup> e no alemão<sup>111</sup>.

Não obstante os estudos de Windscheid sobre a definição unitária e abstrata da propriedade como direito subjetivo individual, bem como, das faculdades a ela inerentes<sup>112</sup>, ainda no final do século XIX, a história registra a evolução no pensamento pandectística ao conceber a propriedade como instituição social<sup>113</sup>.

Com a virada do século fora deflagrada novas reflexões no tocante a imposições de deveres como forma de freio as liberdades, a ensejar revisão dos dogmas oitocentista. Ou seja, com o surgimento da categoria da função social surgiu à fase de renovação do Direito Civil em contraponto ao caráter absoluto do direito subjetivo, até então defendido. Nesta senda, para conter o abuso de direito do proprietário surgiram reflexões em torno da finalidade do instituto. Logo, veio à tona o caráter plural da propriedade privada em relação ao seu exercício, circunstância diametralmente oposta ao individualismo possessivo presente na filosofia de Locke<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> VARELA, Laura Beck. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002, p. 732.

<sup>109</sup> VARELA, Laura Beck. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito..., *op. cit.*, p. 739.

<sup>110</sup> Art. 544, do Código Civil francês: “*A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas, da maneira mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos*”.

<sup>111</sup> § 903, do Código Civil alemão (BGB): “*O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão*”.

<sup>112</sup> VARELA, Laura Beck. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito..., *ibidem*, p. 746-7.

<sup>113</sup> VARELA, Laura Beck. Das propriedades à *propriedade*: construção de um direito..., *ibidem*, p. 748.

<sup>114</sup> NODARI, Paulo César. A emergência do individualismo moderno no pensamento de John Locke – Coleção Filosofia, n. 95. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 123 ss.

Diante da quebra de paradigma, para Varela e Ludwig, constatou-se a necessidade de reconstrução do direito de propriedade<sup>115</sup> a partir da ideia de função social, que flexibilizou o então caráter absoluto do instituto. Com isso, deflagra-se o embate entre o *ter* e o *ser*.

Esse debate doutrinário sobre a funcionalização dos direitos alcança o plano legislativo e, em particular, constitucional, já na Constituição de Weimar, na Alemanha do período entre Guerras, em 1919. Assim, consoante art. 153 do referido diploma, “*a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social*”<sup>116</sup>. Mas o que seria a função social da propriedade<sup>117</sup>?

A ideia de *função* está ligada a finalidade, o objeto da propriedade. Trata-se de atributo inerente ao titular do direito, portanto, é poder, faculdade desse. Já o adjetivo *social*, nas palavras de Comparato, determina que a finalidade da propriedade “*corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro*”<sup>118</sup>. Em arremate, a função social seria um *poder-dever* do proprietário, que deve observar os reclamos da coletividade no exercício do seu direito.

Acrescentamos a *sanção* à lição de Comparato, porquanto, seria a função social um *poder-dever-sanção*, visto que se for inobservada o Estado pode intervir e suprimir a propriedade do particular, pois, não cumpridos os deveres impostos pela socialidade no tocante ao exercício do seu direito, este acaba sendo esvaziado.

Para Grau a propriedade é dotada de *função individual e social*. A *primeira* está em consonância com a perspectiva de *acesso aos bens* e a conseqüente garantia do *patrimônio mínimo*, o que mantém a subsistência e a dignidade do indivíduo e de sua família. A *função social*, por sua vez, limita o exercício da individual, na medida em que exige do titular do

<sup>115</sup> VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. *op. cit.*, p. 763-9.

<sup>116</sup> VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. *ibidem*, p. 769.

<sup>117</sup> Na perspectiva do princípio constitucional da vedação ao retrocesso social temos o preceito da função social da propriedade, que deve ser compreendido como princípio de ordem pública. Neste sentido, dispõe o parágrafo único do art. 2.035, do Código Civil, que inadmitte derrogação de tal comando por vontade das partes.

<sup>118</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção...*, *op. cit.*, p. 75.



direito de propriedade o cumprimento de deveres socializantes, que integra a finalidade, a razão coletiva daquele. Assim, requer do proprietário a observância da dinamicidade social inerente ao seu direito-dever<sup>119</sup>, que, como visto, merece reparo acadêmico a acrescer a perspectiva sancionadora.

Assente-se, ainda, que para Perlingieri, em sistema norteado pela solidariedade e pela repersonalização, a função social serve, dentre outras, para fomentar a interpretação a fim de assegurar, a partir da propriedade, os valores sobre os quais se funda o ordenamento<sup>120</sup>, a exemplo: a dignidade da pessoa humana; a cidadania; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; e, a redução das desigualdades sociais e regionais; etc.

Ultimando, percebe-se que, ao contrário da perspectiva construtiva, a atual, de *reconstrução* pela categoria da função social, segue da individualização à coletivização, no que se refere ao exercício do direito subjetivo a propriedade privada. Este novo paradigma, consolidado no Direito Civil contemporâneo, traduz a mitigação do individualismo e do patrimonialismo em face do enaltecimento da solidariedade e da repersonalização.

#### **4.3 DA GUINADA PÁTRIA TARDIA EM FACE DA SOCIALIZAÇÃO E O ATUAL CÓDIGO CIVIL: REFLEXOS SOBRE A POSSE E A PROPRIEDADE**

O primeiro registro de positivação em nosso sistema da categoria da função social em face da propriedade privada fora na Constituição de 1934. Esse preceito acabou sendo reproduzido nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, tendo o constituinte originário, de maneira inédita, a partir de 1967, consignado a expressão *função social da propriedade* na

---

<sup>119</sup> GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 238-244.

<sup>120</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução: Maria Cristina de Cicco, 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

norma ápice. Nesta rota, reconhecendo-se a necessidade do cumprimento de deveres sociais pelo proprietário, admite-se a presença implícita do princípio da *função social da posse* e o surgimento paulatino de um novo conceito para este instituto, que parte da visão clássica de *Savigny* e *Ihering* a social capitaneada pelos ensinamentos de *Perozzi*, *Saleilles* e *Hernández Gil*, que veremos adiante. Diante deste cenário, o debate doutrinário sobre a socialização da propriedade privada no nosso País acabou sendo inaugurado pelos publicistas, que renegaram registros quanto à posse, em que pese seu processo gradativo de autonomia ao longo das nossas ordens constitucionais.

Os civilistas, por sua vez, reticentes a ruptura do sistema, em pleno século XX, ainda limitavam seus estudos ao individualismo e patrimonialismo do Código Civil de 1916, sob a arcaica concepção dos *mundos apartados*, onde o Código seria ponto de partida e chegada da interpretação e aplicação do Direito Privado. Nesta senda, em que pese o registro atenuado de Beviláqua em 1938<sup>121</sup>, a superação do modelo individualista da propriedade privada somente fora admitida por nossa doutrina a partir da década de setenta, em conhecido ensaio científico de Orlando Gomes sobre as *novas dimensões da propriedade privada*. Para o saudoso mestre baiano, naquele momento eram indiscutíveis as marcas da socialização ante a paulatina e insofreável<sup>122</sup> *publicização do direito privado*, que reclamava reconhecimento dos civilistas, não podendo mais o Código Civil caminhar apartado da Constituição no tocante aos nortes interpretativos<sup>123</sup>.

Com a nova ordem constitucional de 1988 a aproximação do privado ao público se consolidou, o que resultou na superação da dicotomia ulpianista em nosso sistema. Como visto alhures, na fase denominada de neoconstitucionalismo o Direito fora

---

<sup>121</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brazil commentado, v. III. 5ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, p. 57.

<sup>122</sup> Neste sentido, também pontuou a doutrina administrativista. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. 3ª ed., São Paulo: RT, 1979, p. 9-10.

<sup>123</sup> GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. In: Revista dos Tribunais, n. 411, São Paulo: RT, 1970, p. 9.

constitucionalizado, entre eles, o Civil. No entanto, mantendo o pensamento anterior, o constituinte originário de 1988, ao contrário do sustentado por Duguit, conservou a propriedade privada como direito subjetivo e lhe classificou como fundamental. Em contrapartida, privilegiou os ensinamentos do citado jurista francês ao prescrever que o exercício do aludido direito deve seguir a função social que lhe seja inerente<sup>124</sup>.

De todo modo, mesmo já diante da terceira fase do Direito Civil, a nossa ordem civil ainda retratava os velhos dogmas do individualismo e patrimonialismo, por meio do ainda vigente Código Civil de 1916. Por essa razão, grande parte da doutrina civilista resistia à aceitação da nova vertente hermenêutica aberta pela constitucionalização do Direito Civil. Isto é, embora presente uma nova ideologia fincada na humanização do direito, mediante observância de valores existenciais, os civilistas relutavam em não querer enxergar a *lente* interpretativa constitucional, o que se traduzia em negativa ao já instalado sistema aberto ou fase de descodificação do Direito. Em outras palavras, admitir que a Constituição tornou-se *ponto de partida* para compreensão e aplicação de todo e qualquer instituto do Direito Privado não foi – nem ainda é – entendimento imediato para muitos<sup>125</sup>.

A necessidade de releitura do Direito Civil no nosso sistema somente começou a ser compreendida, de maneira mais acentuada, a partir da promulgação do atual Código Civil. Norteadado pela socialidade e eticidade, o novo diploma alicerçou a *repersonalização*, ou seja, o enfoque de juridicidade em benefício da pessoa, tornando-a epicentro do sistema<sup>126</sup>. Com isso, ganhou relevo à imperiosa interpretação tópica e sistemática, concebendo-se a Constituição como base e vértice do ordenamento.

---

<sup>124</sup> MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94-7.

<sup>125</sup> FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: Direito Privado e Constituição: Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio, Marcelo Conrado e Rosalice Fidalgo Pinheiros (Coords.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 17-31.

<sup>126</sup> Neste sentido, “a valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo com ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica, sendo o fenômeno denominado de *repersonalização do direito*” (Cf. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 57).

Com a entrada em vigor do atual Código e a compreensão, mesmo que tardia, da ideologia pregada pela publicização e constitucionalização do Direito Civil, os institutos da posse e da propriedade precisaram passar pela *reconstrução*, iniciada com a nova ordem constitucional, efetivada, acabada.

Nessa ordem de ideias, em consonância com a Constituição da República de 1988<sup>127</sup>, o legislador infraconstitucional de 2002, sob a perspectiva da liberdade, manteve a propriedade privada como direito subjetivo, mas, à luz da igualdade substancial, inseriu no atual Código Civil o preceito da função social por meio da imposição de deveres ao titular de tal direito. O referido preceito fora classificado como de ordem pública, motivo pelo qual é vedada qualquer conduta atentatória a sua eficácia plena e imediata, até mesmo se decorrente de convenção entre as partes.

Por mais uma vez, o legislador optou por não definir o instituto da propriedade privada, mas descreveu as faculdades que lhes são inerentes, ou seja, de maneira analítica pontuou os direitos de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*), dispor (*jus abutendi*) e reivindicar, subordinando-as à função social e aos correlatos deveres em relação a terceiros<sup>128</sup>. Assim, a propriedade passou a ser concebida como plural, a configurar relação jurídica complexa, em detrimento ao viés unitário oitocentista.

Atrelada à propriedade privada plural e a exigência de função social, uma nova concepção é deflagrada para posse. Esta, sem olvidar a tensa relação com a propriedade, passou por gradativo processo de emancipação, tornando-se autônoma quando qualificada pelos contornos da socialização. Assim, diante da necessidade de moradia, trabalho, etc., a

---

<sup>127</sup> Em reforço a ideia de socialidade, isto é, ao viés publicista do instituto, Figueiredo sustenta que o direito a propriedade privada admitido pelo constituinte originário de 1988 é aquele que não colide com o direito coletivo (Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24).

<sup>128</sup> PELUSO, Cezar (Coord). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. rev. e atual, Barueri, SP: Manole, 2008, p. 1144-6.

posse se funcionalizou<sup>129</sup>. Porquanto, a posse qualificada como forma legítima de amealhar coisa tem suporte no respeito à igualdade material, na perspectiva da garantia do patrimônio mínimo e, ao fundo, da tutela da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, em estudo sobre a igualdade como virtude indispensável à soberania democrática, sustenta Dworkin que a cada pessoa deve ser garantido, nos limites do justo e conforme a sua capacidade produtiva, os recursos que lhes forem devidos. Destarte, para o referido jusfilósofo toda pessoa dispõe do direito de amealhar bens, devendo o Estado garantir o acesso a eles a fim de proporcionar a igualdade de bem-estar<sup>130</sup>.

Com efeito, a posse funcionalizada ganhou assento constitucional, sendo fincada, além dos já referidos acima, em valores que visam o bem-estar e o interesse coletivo, como: solidariedade e erradicação da pobreza e da marginalidade. Ela sempre aflora quando a propriedade é reconhecidamente *desfuncionalizada*, esvaziada. Para o constituinte originário, em se tratando de imóvel rural, afronta à função social o proprietário que, em exploração egoísta e contrária ao bem-estar da coletividade, simultaneamente, viola o aproveitamento racional e adequado do solo, e utiliza, inadequadamente, os recursos naturais disponíveis, em conduta atentatória, ainda, a preservação do meio ambiente e as normas trabalhistas aplicáveis a espécie. De igual modo, o constituinte pontuou que macula a função social de imóvel urbano, o titular que não cumpre as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor.

Saliente-se que, no caso de cidade sem plano diretor, deve o interprete se valer das diretrizes ou cláusulas gerais previstas no art. 2º, inciso VI, alíneas *a* a *h*, do Estatuto da Cidade. Assim, para tanto, descumpra a função social o proprietário urbano que utilizar inadequadamente o imóvel, ou de maneira incompatível ou inconveniente; parcelar o solo,

---

<sup>129</sup> FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 19.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*; tradução Jussara Simões *et. al* – Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 86-7.

edificar ou usar excessiva ou inadequadamente à infra-estrutura urbana; instalar empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; reter de maneira especulativa o imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; deteriorar as áreas urbanizadas; poluir e degradar o ambiente; e, expor a população a riscos de desastres naturais.

Outrossim, em decorrência dessa tensão o legislador infraconstitucional, valendo-se da *técnica da ponderação*, enalteceu a função social da posse em mitigação a propriedade privada, cujo titular estiver em débito com sua função social, de quatro maneiras no atual Código Civil, conforme prescrições do § 2º do art. 1.210; do §4º do art. 1.228; dos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, e dos arts. 1.239, 1.240 e 1.240-A; e, do parágrafo único do art. 1.255, e dos arts. 1.258 e 1.259. Apesar desses reconhecidos avanços, é válido assentar, desde já, que o legislador de 2002, em evidente nódoa de conservadorismo, deixou de instituir a usucapião coletiva, nos moldes do já previsto na legislação extravagante, em particular, no art. 10, da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Conforme preceitos apontados, o legislador enalteceu a função social da posse e mitigou a exceção de propriedade nas demandas possessórias. Do mesmo modo, instituiu a desapropriação judicial em favor de uma coletividade que funcionalizou sua posse e/ou composses, sendo este reflexo o objeto problema central do nosso trabalho, que será aprofundado em capítulo seguinte. Ademais, como reflexo da ponderação aludida, o legislador reduziu os prazos para usucapião extraordinária e ordinária de imóvel em cinco anos, e constituiu modalidades especiais de usucapião para imóvel rural e urbano.

No tocante a usucapião especial de imóvel urbano, além da hipótese comum (art. 1.240, CC), recentemente, o legislador positivou uma especialíssima (art. 1.240-A, CC), que tem por objeto o imóvel urbano utilizado como *lar conjugal*. Nesta hipótese, o prazo aquisitivo é o menor de todos, sendo de apenas dois anos, a contar da data do abandono do lar

pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. Por derradeiro, registre-se, ainda, a possibilidade de alienação compulsória da propriedade, parcial ou totalmente, que fora instituída para as hipóteses em que o possuidor de boa-fé cumpre a função social em bem alheio.

#### **4.4 DA POSSE QUALIFICADA: MECANISMO DE ACESSO AOS BENS E REALIZAÇÃO DO SER**

Com a guinada em torno da vertente personalista do Direito Civil contemporâneo, a ordem jurídica passou a ser informada pela *proteção do mínimo* a fim de garantir a existência digna da pessoa. Nesta ordem de ideias, o que se tem é a proteção da dignidade da pessoa humana, valor que exige do Estado o mínimo existencial para as pessoas, ou seja, a garantia da apropriação dos bens suficientes a sobrevivência, a satisfação das necessidades básicas ou elementares, a realização do ser humano<sup>131</sup>. A essa titularidade mínima e funcional que, em consonância com a repersonalização, visa a tutela da dignidade, Fachin cognominou de *estatuto jurídico do patrimônio mínimo*<sup>132</sup>.

Partindo da perspectiva de conferir novos rumos a apropriação dos bens, a partir dos valores constitucionais, Cortiano Júnior admite a autonomia da posse em relação à propriedade; contudo, assevera que a proteção àquela se justifica por ser valor socialmente relevante, já que é por meio dela que exploram e usam as coisas, mas não que seja direito. Para o autor aludido, trata-se de um fato que sequer alcançou proteção constitucional, não obstante admita que, sendo nossa ordem existencial, é possível a construção interpretativa no campo constitucional.

---

<sup>131</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas – Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: Diálogos sobre o direito civil, Carmen Lucia Silveira Ramos *et. al.* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-165.

<sup>132</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

Neste prisma, não mais se pode conceber a posse como mero apêndice da propriedade. Em verdade, são institutos distintos e autônomos, não obstante estejam em relação de mútua complementaridade<sup>133</sup>. A posse enquanto elemento dinâmico atrelado a promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais, tornou-se independente, ou seja, passou a reclamar juridicidade própria sem negar a propriedade.

Sob a óptica individualista e patrimonialista, a posse era revestida de simplicidade ou objetividade, sendo mero poder manifestado sobre a coisa, sempre dependente do instituto-mor burguês denominado propriedade, em sua acepção privada, una, absoluta e perpétua. A quebra de paradigma conceitual da posse ocorreu com a concretização da sua autonomia pela funcionalização<sup>134</sup>. Com isso, a autonomia fática ganhou visibilidade jurídica.

Em contraponto as visões romanísticas de posse defendidas por *Savigny* e *Ihering*, surgiram, seguindo a influência de *Duguit*, a partir do século XX, às teorias sociológicas, que enaltecem o caráter econômico e a função social da posse, dando-lhe autonomia e fazendo nascer a conotação de direito. Dentre as principais, podemos citar a *teoria social da posse* do italiano *Silvio Perozzi*; a *teoria da apropriação econômica* do francês *Raymond Saleilles*; e, a *teoria da função social da posse* do espanhol *Antônio Hernández Gil*. Para a primeira teoria a posse resulta do fato social, sendo produto do respeito que a coletividade tem a toda relação entre o homem e a coisa, o que torna prescindível os elementos *corpus* e *animus*<sup>135</sup>. Já na visão de *Saleilles* a relação jurídica possessória provém do fato social que se qualifica quando a interação do homem com a coisa proporciona a independência econômica deste. Assim, sustentou o francês a autonomia da posse na medida em que a sociedade a reconhece como signo fomentador do econômico a bem do ser humano<sup>136</sup>. Por derradeiro, a teoria do espanhol

---

<sup>133</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002, p. 845.

<sup>134</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *op. cit.*, p. 847.

<sup>135</sup> MOREIRA, José Carlos Alves. Posse – Evolução histórica, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 240-2.

<sup>136</sup> MOREIRA, José Carlos Alves. Posse – Evolução histórica, v. 1. *op. cit.*, p. 237.



ao conceber a posse como instituto de maior densidade social, sustentou ser ela decorrente da necessidade e do trabalho, o que lhe confere função social<sup>137</sup>.

Nesta linha sociológica, que prega a autonomia da posse em face da propriedade, bem como, a defesa da visibilidade jurídica do instituto, a doutrina nacional, por intermédio do magistério de Rosenvald e Farias, consigna que: "*A posse é um modelo jurídico autônomo à propriedade, sendo que a razão de seu acautelamento pela ordem jurídica provém primordialmente do valor dado ao uso dos bens através do trabalho e do seu aproveitamento econômico. O não-aproveitamento de um bem representa inegavelmente um dano social*"<sup>138</sup>. A posse aqui referida é a qualificada, funcionalizada<sup>139</sup>.

Assim, verifica-se que a guinada socializante do direito foi crucial para revisão do conceito de posse, inclusive já admitido pela jurisprudência pátria<sup>140</sup>. Nesta senda, abstraindo-se do ideário simplista da improdutividade e inclinando para a subjetividade, a posse se qualificou, isto é, passou a ser enriquecida com o trabalho, a moradia, obras, serviços, investimentos sociais, geração de emprego e renda, dentre outros. Destarte, qualificado o elemento fático reinante, a posse alcançou a função social.

<sup>137</sup> GIL, Antonio Hernandez. *La posesión*. Madrid: Civitas, 1980, p. 94-95. Em igual sentido, GIL, Antonio Hernandez. *La posesión como institución jurídica y social*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 750.

<sup>138</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais. op. cit.*, p. 109.

<sup>139</sup> Embora sem a consciência jurídica hodierna, podemos afirmar que o primeiro registro de legitimação da posse qualificada como mecanismo de acesso a bens em nosso sistema se deu por meio do art. 5º, da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. Com esse "*os posseiros poderiam adquirir o domínio das glebas devolutas que ocupassem desde que comprovassem cultura efetiva, ou princípios de cultura, e moradia habitual*" (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Usucapião constitucional. *In*: Revista dos tribunais, ano 88, v. 764, jun. 1999. São Paulo: RT, 1999, p. 719-720).

<sup>140</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16ª CC, Ap. Cível n. 0005091-97.1996.8.19.0037 (2005.001.27287), Rel. Des. Celio Geraldo M. Ribeiro, j. 23/05/2006, DJ 04/07/2006. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/975306/funcao-social-posse.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011. Apelação Cível. Reivindicatória cumulada com pedido de imissão na posse. Interdito proibitório postulado por possuidores não proprietários contra proprietários não possuidores. Doutra sentença monocrática concessiva aos possuidores, em decorrência de seu longo poder de fato sobre a área de terreno litigiosa, da proteção interdita por eles requerida, a fim de que os proprietários não possuidores, se abstenham "da prática de qualquer ato de turbacão à posse dos autores". **Superaçao doutrinária da teoria possessória objetiva de Jhering, ante a sua evoluçao, em face da categoria sócio-jurídica do valor de uso dos bens e da função social da posse, que a categoriza, modernamente, como fato potestativo de natureza sócio-econômico.** Defesa dos possuidores não proprietários, na demanda petitoria apensada, da consumaçao da prescriçao possessória aquisitiva na presente espécie de fato. Recurso conhecido e improvido. *Grifos nosso*.

Com efeito, a posse qualificada ou produtiva se amolda aos ditames constitucionais, tendo inquestionável assento na norma ápice do nosso sistema, mesmo que implicitamente. Isto porque, o seu exercício materializa direitos fundamentais sociais, como: trabalho e moradia e, por consectário lógico, enaltece a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade social, a ponto reforçar o combate as desigualdades sociais e regionais, bem como, fomentar a erradicação da pobreza, em verdadeiro tom de justiça distributiva<sup>141</sup>.

Outrossim, a posse qualificada como meio de acesso a bens<sup>142</sup> arrosta com rigor a propriedade desfuncionalizada. Ela inadmite que o titular do direito de propriedade opte pelo não-uso, pela inércia, visto que, sob a óptica socializante, conduta de tal espécie deve ser encarada como semelhante ao abandono<sup>143</sup>, sendo, portanto, causa da perda do direito de propriedade pelo particular.

Seguindo o caminho da releitura, o Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa Constituição e responsável pela palavra final sobre questão constitucional, por meio do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em sede de reclamação constitucional oriunda do estado do Paraná (Rcl 3437/PR)<sup>144</sup> – que teve por tema desapropriação e levantamento de indenização – reconheceu o princípio da função social da posse, bem como, a posse qualificada pelo trabalho e a inovadora modalidade da desapropriação judicial. É bem verdade que esse reconhecimento não foi utilizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski como razão de decidir (*ratio decidendi*), mas, sim, como *obiter dictum*<sup>145</sup>, quando da análise da

<sup>141</sup> ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2002, p. 15.

<sup>142</sup> MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: Diálogos sobre Direito Civil, vol. II, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.

<sup>143</sup> MAURO, Roberta. *op. cit.*, p. 50.

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rcl 3.437/PR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18/10/2007, DJe 02/05/2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%22fun%27%E3o+social+da+posse%22&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 out. 2011.

<sup>145</sup> Trata-se da fundamentação jurídica acessória da decisão, considerada a “razão de decidir” (*ratio decidendi*) como sendo a principal. Portanto, o *obiter dictum* é a parte da decisão considerada dispensável, que se retirada não compromete a “razão de decidir”, ou seja, o núcleo do julgado, a essência da tese jurídica acolhida como solução após exercício hermenêutico realizado pelo intérprete. O *obiter dictum* se encaixa como argumento de reforço decorrente da retórica do julgador que, dentro do estudo dos precedentes judiciais, não importa em

Constituição frente ao atual Código Civil, operando o *diálogo das fontes*. De todo modo, mesmo que no estudo dos precedentes judiciais o *obter dictum* não seja fundamento vinculante, o registro supra já deve ser compreendido como avanço para o reconhecimento do assento constitucional da função social da posse por nossa Corte.

Evidencia-se do exposto que a posse de alcance social, por se encontrar em consonância com a normatividade e o *filtro interpretativo* constitucional<sup>146</sup>, deve ser reconhecida como autônoma e revestida de manto próprio de juridicidade, que lhe confere tutela especial, inclusive, de aquisição do domínio<sup>147</sup>. Assim, ao contrário do sustentado por Cortiano Júnior, cujo registro fora feito no início deste item capitular, para nós, a posse qualificada deve ser compreendida como direito, senão real, acaso não prevaleça à questionável tese da atipicidade desses direitos<sup>148</sup>, que, ao menos, especial.

#### 4.5 VIRADA DE COPÉRNICO E VITÓRIA DA POSSE FUNCIONALIZADA?

Partindo do atual *estado da arte*, tem-se que a perspectiva é de reconstrução do Direito Civil brasileiro. No entanto, a pregada *virada de Copérnico*<sup>149</sup>, metáfora sob a qual se baseia a releitura defendida pela doutrina civilista, a partir da superação do *ter* pelo *ser*, passando este a ser o centro do sistema jurídico, esbarra no velho e conhecido problema do nosso sistema: abismo entre a teoria e a prática, ou seja, a “*clivagem abissal entre a*

---

vinculação para os casos futuros. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 175-7).

<sup>146</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.

<sup>147</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *ibidem*, p. 847.

<sup>148</sup> NEVES, Gustavo Kloh Müller. *op. cit.*, p. 413-435.

<sup>149</sup> Expressão metafórica utilizada pelo ilustre professor argentino Ricardo Luiz Lorenzetti. Sabe-se que Nicolau Copérnico criou a “teoria heliocêntrica” em contraponto a visão geocêntrica tradicional. Para Copérnico no modelo cosmológico os corpos celestes giravam ao redor do Sol, e não da Terra. Defende o citado autor, que em grau revolucionário semelhante, tem-se a alteração de óptica do Direito Privado, em que a pessoa passa ao centro da normatividade em detrimento do patrimônio (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *ibidem*).

*proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência*”, nas palavras de Fachin<sup>150</sup>.

Como visto, a posse qualificada deve ser concebida como autônoma. Assim, diante da proposta de acesso aos bens para fins de garantia de dignidade da pessoa humana, a nova dogmática pugna pela *virada de Copérnico* devendo a posse prevalecer em face da propriedade já esvaziada pela desfuncionalização. Acontece que, a resistência social tem comprometido está releitura, ou seja, a nossa cultura arraigada ainda concebe a propriedade como instituto absoluto, embora o campo de juridicidade dessa há tempo tenha sido modificado.

O curioso é que a sociedade já absorveu a intervenção estatal no aspecto dinâmico da propriedade, isto é, no contrato, mas não no domínio, elemento estático. Ou seja, percebe-se que o Estado, sob a óptica da socialidade, intervém no contrato, *quebra* a autonomia privada, a ponto de declarar a nulidade de cláusulas e interferir no equilíbrio econômico-financeiro do pacto, sem que haja maiores levantes e repercussões. Enquanto isso, forças sociais se rebelam quando invasores são mantidos na posse por ordem judicial socializante, quando a usucapião é declarada, isto é, quando a posse funcionalizada prevalece sobre a propriedade desfuncionalizada.

Em metáfora as barreiras sociais, podemos dizer que a *propriedade* continua para o *casamento*, ambos, institutos formais, solenes; enquanto, que a *posse* se mantém para a *união estável*, na sua informalidade, mas com juridicidade garantida pelo nosso ordenamento, contudo, comprometida pela triste repulsa social.

Infelizmente, a resistência apontada ecoa nos Tribunais e o referencial deôntico da função social, que obriga o proprietário, perde a força normativa defendida no discurso acadêmico, evidente, fundada na releitura do Direito Civil contemporâneo. Em suma, em que

---

<sup>150</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz de novo Código Civil Brasileiro, 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332.

pese o transcurso de mais de duas décadas de vigência da nova ordem constitucional e de nove anos do novo Código Civil, a *virada de Copérnico* ainda não se solidificou. Isto porque, são poucos os julgados que enaltecem a função social da posse, sobretudo, quando o embate com a propriedade tem por precedente uma invasão, seja individual ou, até mesmo, coletiva.

Percebe-se, por oportuno, que não obstante a propriedade obrigue o titular, dentre outras, a dar a coisa finalidade social, isto é, a exercer seu direito a bem de si, mas, em especial, da coletividade, a ponto de que o não-uso ou a inércia social seja compreendida como abandono da coisa, na prática, o direito de reavê-la de terceiro ocupante que empregou a posse qualificada, que deveria ser comprometido ante o esvaziamento da propriedade, ainda resiste. Em arremate, o brasileiro e, o pior, o intérprete, ainda não conseguiu se desvincular do mero *papel na gaveta*, que na espera da valorização, em plena especulação, arrosta em reconhecer à visibilidade jurídica que deve ser dada a posse, ou seja, a verdadeira relação do homem com a coisa, em especial, quando qualificada pelo trabalho, moradia, etc.

Com efeito, estamos a esperar uma hermenêutica construtiva do novo Código Civil que não se esqueça do *diálogo das fontes*, principalmente, da interação com o Direito Constitucional. Destarte, rogamos maior empenho do nosso intérprete para que encare o papel *por ativo* inerente ao sistema aberto, a fim de que, materialmente, a posse qualificada supere a propriedade desfuncionalizada e “*o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média*”<sup>151</sup>, conforme, brilhantemente, assenta Fachin.

---

<sup>151</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. *op. cit.*, p. 333.

## **CAPÍTULO 5. A DESAPROPRIAÇÃO PRIVADA POR POSSE QUALIFICADA: MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

### **5.1 DA CRIAÇÃO LEGISLATIVA *TUPINIQUIM***

A codificação das leis surgiu na segunda metade do século XVIII<sup>152</sup>. Neste momento a concepção era reunir os preceitos fundamentais de um ramo do Direito num só texto e de maneira sistemática. Dentre os vários objetivos dessa técnica, sem dúvida, o mais importante era garantir a estabilidade e certeza do Direito.

O fenômeno em questão foi percebido em 1794 com o Código Geral da Prússia, que abrangia o Direito Civil, Penal, Comercial, Administrativo e Eclesiástico. Em 1804, na França, tivemos o grande marco da codificação, que foi o Código de Napoleão, até hoje visto como influência ao direito positivo e, sobretudo, ao Direito Civil, então concebido, tão somente, como aquilo previsto em Lei.

No Brasil, o nosso primeiro Código Civil fora editado em 1916, cujo anteprojeto Clóvis Beviláqua elaborou, tendo como influência a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, bem como, o projeto deste. Apesar de ter nascido já na segunda fase do Direito Civil ou *Era da Publicização*, o texto foi completamente influenciado pelos ideais liberais. Assim, inegavelmente, a propriedade era vista como direito subjetivo absoluto, o que afastava qualquer intervenção estatal supressora, salvo usucapião.

Com a materialização da socialização em nosso sistema, a partir da nova ordem constitucional, em 1988, a propriedade se relativizou. Logo, iniciamos o processo de admissão da mitigação do direito subjetivo e individual frente à perspectiva da

---

<sup>152</sup> No século IV e V, em pleno Direito Romano, surgiu a ideia de colecionar leis, por meio de um Código (Codex). Este significa “caudex”, “taubinha”. Logo, para os antigos, o Código seria um conjunto de “taubinhas”.

funcionalização. Neste cenário, foi promulgado o Código Civil de 2002, absorvendo os preceitos da segunda fase, mas já sob a óptica do Direito Civil contemporâneo.

Neste ambiente de limitações sociais a propriedade, o nosso legislador infraconstitucional, de maneira inovadora, criou uma forma de intervenção supressora na propriedade privada, onerosa e por meio do Estado-juiz, instituindo o que convencionamos cognominar de *desapropriação privada por posse qualificada*, conforme justificativas que seguem em item próprio.

O instituto em estudo, que tem como fonte criadora o Código Civil de 2002, §§ 4º e 5º do art. 1.228, para o saudoso Miguel Reale<sup>153</sup>, é o ponto mais alto da atual sistematização civil. Ele preconiza a perda onerosa da propriedade imobiliária, rural ou urbana, que disponha de extensa área e, desde que ocupada, por mais de cinco anos, ininterrupta e de boa-fé, por um número considerável de pessoas que a funcionalize. Aqui, no esteio da riqueza fática, admitamos a realização de obras de alcance social para fins de trabalho, moradia, promoção educacional e de saúde, prática beneficente e filantrópica, por meio de instituição reconhecida como de interesse público; além de exercício empresarial, lazer e outros de conotação coletiva.

Esta normatividade material de elevadíssimo alcance social, prevista no atual Código Civil como espécie extravagante de perda da propriedade<sup>154</sup>, não guarda qualquer semelhança com institutos civis codificados no Brasil<sup>155</sup>, muito menos no mundo, no esteio do campo do Direito Comparado<sup>156</sup>. O poder expropriatório conferido ao juiz por tal disposição, não é

---

<sup>153</sup> REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

<sup>154</sup> GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 833, mar. 2005. São Paulo: RT, 2005, p. 97-8.

<sup>155</sup> CAMBI, Eduardo A. S. Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil. In: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 4, vol. 16, out./dez. 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 31-48.

<sup>156</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 806.

consagrado em nenhuma outra legislação<sup>157</sup>. Assim, podemos concluir que se trata de criação legislativa *tupiniquim*.

## 5.2 DA NATUREZA JURÍDICA: ETERNO DISSENSO E NOSSA POSIÇÃO

Para a teoria geral do Direito identificar a natureza jurídica de um instituto significa descobrir o lugar que ele ocupa na ciência jurídica, consoante seus ramos e categorias. Assim, a delimitação da figura jurídica investigada requer precisa *definição*, seguida de sua *classificação*, sendo a correlação desses elementos, conforme preconiza Delgado<sup>158</sup>, a *equação compreensiva* para se chegar à natureza jurídica, o *locus* do instituto no universo do Direito.

Pois bem, o legislador ordinário, dentro da teoria geral do direito à propriedade privada, em particular, a imobiliária, no tocante às restrições impostas ao domínio, mitigou, mediante garantia da onerosidade, o direito de seqüela do titular, assentando nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, *ipsis litteris*:

“§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.  
§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

<sup>157</sup> REALE, Miguel. Prefácio. In: NCC Brasileiro: Lei 10.406, de 10/01/2002, estudo comparativo com o CC/16, CF/88, legislação codificada e extravagante, Giselle de Melo Braga Tapai (Coord.). 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 151.

<sup>158</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 66-7.



Percebe-se que o legislador não *definiu* nem *classificou* o instituto. Ele atuou acertadamente, visto ser da doutrina tal tarefa. Mas o que tem dito a nossa doutrina a respeito? Esta em muito diverge, desde a fase do Projeto de Lei junto ao Legislativo.

Sabe-se que o instituto investigado está para o Direito Privado em sua vertente Civil, integrando o subramo do Direito das Coisas. Mas para este o que seria? Alguns autores sustentam ser *desapropriação*, no entanto, deflagram o dissenso quanto à adjetivação, qualificando-a como: *judicial por posse-trabalho* ou *pro labore*, *judicial indireta e especial*, tendo esta última um contorno *eclético ou híbrido*, ou *sui generis*. Há quem advogue ser *usucapião coletivo especial onerosa*. Outros asseveram ser forma forçada de transferência imobiliária, não sendo adjudicação, mas *aquisição compulsória onerosa* ou *alienação compulsória*. Além disso, em visão instrumental, há quem sustente ser o instituto um *contradireito processual*. Com efeito, vejamos, sistematicamente, as posições dos autores consultados.

Nesta senda, ao justificar a natureza jurídica do instituto como sendo *desapropriação judicial por posse-trabalho*, Reale sustentou, em trecho que acreditamos ser válido transcrever, o que segue:

“(...) 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 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 reivindicada 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 Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do

*poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada*”.<sup>159</sup>

Assim, para o saudoso Reale, o instituto deve ser classificado como *desapropriação judicial por posse-trabalho*, pois, o titular da propriedade a perde mediante intervenção do Estado-juiz<sup>160</sup>, que privilegia a posse funcionalizada pelo trabalho de considerável número de pessoas, mas garante ao perdente, em dinheiro, a devida indenização. Trata-se de modalidade de desapropriação por interesse social, que dispõe de arrimo constitucional. Dentre os que se filiam à corrente *realiana*, citamos: Nery<sup>161</sup>, Martins-Costa<sup>162</sup>, Viana<sup>163</sup>, Nader<sup>164</sup>, Zebulum<sup>165</sup>, Castro<sup>166</sup>, Gonçalves<sup>167</sup>, Tartuce<sup>168</sup> e Diniz<sup>169</sup>.

Em reparo teórico, Tartuce insere o vocábulo *privada* na classificação do instituto. Para ele, apesar de ser uma forma de desapropriação, que requer a participação do Estado-juiz, ela é “*concretizada no interesse direto e particular daquelas pessoas que, em número considerável, ocuparam extensa área*”<sup>170</sup>. Destarte, concebe-se o interesse do Poder Público como reflexo, indireto. Com efeito, classifica a figura jurídica como sendo *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*.

<sup>159</sup> REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. *op. cit.*, p. 82.

<sup>160</sup> Em Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975, o então Presidente do Brasil, Ernesto Geisel, submeteu aos membros do Congresso Nacional o projeto do novo Código Civil e a exposição de motivos do senhor Ministro de Estado da Justiça que fora preparada por Miguel Reale. Nessa, em relação à natureza jurídica do instituto do § 4º do art. 1228, o saudoso mestre, em particular no item 27, alínea “c”, assentou: “[...] *abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo*”.

<sup>161</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil anotado e legislação extravagante. 2ª ed., ver. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 591-3.

<sup>162</sup> MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 851.

<sup>163</sup> VIANA, Marco Aurélio S. Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais, v. XVI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 49 e ss.

<sup>164</sup> NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 4: direito das coisas. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

<sup>165</sup> ZEBULUM, José Carlos. Desapropriação judicial pela posse-trabalho. Disponível em: <[http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/desapropriacao\\_judicial\(1\).pdf](http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/desapropriacao_judicial(1).pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2011.

<sup>166</sup> CASTRO, Mônica. A desapropriação judicial no novo Código Civil. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=486](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=486)>. Acesso em: 3 abr. 2011.

<sup>167</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 23 e 245.

<sup>168</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. *op. cit.*, p. 806-7.

<sup>169</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas. 21ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 202-8. A autora prefere a expressão latina *posse pro labore*.

<sup>170</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. *ibidem*, p. 807.

Doutra banda, convictos de que se trata de instituto oneroso, Farias e Rosenvald defendem que a natureza jurídica é determinada pelo ônus de pagar a justa indenização decorrente da privação do domínio imposta ao titular que inobservou sua função social. Assim, para os autores acaso seja o Estado o órgão expropriante e pagador, na hipótese em que os possuidores e beneficiados são de baixa renda, tem-se típica espécie de *desapropriação*, pois, o proprietário perde seu direito subjetivo. Ela deve ser adjetivada de *judicial*, por ser realizada por intervenção do Poder Judiciário, bem como, de *indireta*, visto inexistir procedimento administrativo prévio expropriatório que legitime a imissão na posse de considerável número de pessoas, bem como, por ausência de pagamento prévio da indenização. Por outro lado, sustentam os referidos autores que sendo os possuidores e beneficiados pessoas abastadas, a elas cabem o pagamento da indenização; logo, o instituto passa a ser verdadeira *aquisição compulsória onerosa*<sup>171</sup>, algo semelhante a um compra e venda, contudo, forçada. Em sentido similar, adiante, veremos a terceira corrente.

Em que pese ser seguidor de Reale, conforme apontado acima, saliente-se que Nery admite classificar a *desapropriação* em questão como *judicial indireta*. Todavia, divergindo da concepção de Farias e Rosenvald referida acima, para Nery o instituto pode ser concebido dessa maneira se o proprietário, ao invés de propor a demanda reivindicatória ou possessória, resolver ingressar com demanda indenizatória, quando consciente que fora despojado do imóvel por meio da posse funcionalizada<sup>172</sup>.

Ainda noutro prisma, partindo de uma visão eclética, Barbosa e Pamplona Filho<sup>173</sup> asseveram ser uma *desapropriação judicial especial*. Pregam que na origem o instituto se aproxima da usucapião, sendo forma de aquisição originária da propriedade ante o exercício da posse funcionalizada. Contudo, em respeito à vedação ao confisco, o legislador ordinário

---

<sup>171</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. *ibidem*, p. 44-5.

<sup>172</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, p. 593.

<sup>173</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 679, 15 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6725>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

lhe impôs a onerosidade como condicionante a concretização, restando, assim, desnaturada a gratuidade típica da usucapião<sup>174</sup>. Diante dessas premissas, e sendo a obrigação de indenizar imposta à Administração Pública, conforme interpretação própria, tem-se que a figura jurídica investigada se inclina de maneira mais acentuada em torno do *locus* da desapropriação, no entanto, de espécie atípica, especial, *tertium genu*. Neste diapasão, ainda se posicionou Figueira Júnior<sup>175</sup>, todavia, sob a óptica e contornos da *usucapião social* e da *desapropriação indireta*, preferiu dizer ter o instituto natureza híbrida, tão somente. De igual modo, citamos Guimarães<sup>176</sup>, que disse ser desapropriação *sui generis* ou híbrida, pois, além do interesse social, o instituto requer elementos da usucapião, como posse por mais de cinco anos.

Em grande contraponto a corrente que defende ser o instituto uma espécie de *desapropriação judicial*, não obstante as divergências pontuais quanto à adjectivação, surgiu os defensores da *usucapião coletiva especial onerosa*, dentre eles, temos Zavascky<sup>177</sup> e Cambi<sup>178</sup>. Para estes o juiz não pode desapropriar – ato eminentemente administrativo –, cabendo-lhe apenas dizer o direito, solucionar o conflito instalado entre particulares. Sustentam, ainda, que o Estado não participa do processo nem pode ser obrigado a indenizar, tanto é verdade, que nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, não há nenhuma linha em sentido contrário, sendo vedada a interpretação extensiva, até por que não é o Poder Público quem adquire a propriedade em litígio, mas, sim, o grupo de possuidores.

Diante das premissas legais, para tais autores, o único instituto que se aproxima é a *usucapião*, já que se fala de *posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos*. Contudo,

<sup>174</sup> Para Venosa a forma de aquisição de propriedade de imóvel prevista no § 4º do art. 1.228, do Código Civil, aproxima-se da “desapropriação”, pois, no esteio do § 5º daquele artigo, o juiz fixará a justa indenização. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, v. 5: direitos reais. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 226).

<sup>175</sup> 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 “expropriação judicial”. In: Revista de Direito Privado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.), n. 21, jan./mar. 2005. São Paulo: RT, 2005, p. 123 ss.

<sup>176</sup> GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *op. cit.*

<sup>177</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. ZAVASCKY, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/6723>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

<sup>178</sup> CAMBI, Eduardo A. S. Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil. *op. cit.*, p. 38.

reconhecem que há um elemento implicador, pois, o legislador ordinário, pontuou que para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapietes precisam *pagar um preço*, o que confere caráter oneroso ao instituto. No entanto, defendem que nada impede que seja classificado como *usucapião onerosa, coletiva*, visto ser beneficiado um *considerável número de pessoas*, e *especial*, em virtude de ser enaltecida a funcionalização da posse.

Abrindo a terceira corrente, Loureiro sustenta que não se trata de *desapropriação judicial* como se referiu Reale e seguidores, pois, em momento algum está a falar de ato de império do Poder Público; muito menos de *usucapião onerosa*, já que, por óbvio, ninguém paga por que já é seu e que apenas será declarado pelo juiz; mas, sim, de verdadeira *alienação compulsória* do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade<sup>179</sup>.

Já para a corrente processualista sustentada por Didier Jr.<sup>180</sup>, em verdade, não seria *desapropriação* nem *usucapião*, mas uma espécie de *contradireito* exercido pela via processual para efeitos na relação jurídica de direito material. Para ele é modalidade que se aproxima da aquisição compulsória, consoante referido acima, pois, ao proprietário não é conferida a possibilidade de recusa, só lhe cabe se sujeitar, circunstância esta que atribui caráter potestativo ao instituto. Na prática, a prestação específica de restituir a coisa alheia é convertida em prestação alternativa de pagar quantia certa determinada pelo juiz, a título de justa indenização. Nega-se ao proprietário que descumpriu a função social do domínio a faculdade de reivindicá-lo, como também reintegrá-lo, acaso opte pelo manejo do interdito possessório. Por último, saliente-se que, em trabalho específico Zavascky<sup>181</sup> também inclina para aceitação desta corrente, apesar de, expressamente, sustentar a ideia de *usucapião onerosa*, conforme visto alhures.

---

<sup>179</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *op. cit.*, p. 1152-3.

<sup>180</sup> DIDIER JR. Fredie. Reflexos do novo código civil no direito processual. Salvador: *Juspodvim*, 2007, p. 433-462.

<sup>181</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. *op. cit.*

Como se extrai dos registros postos, em quase uma década de reflexão a nossa doutrina se intriga quanto à natureza jurídica do instituto investigado. Poucos dos autores examinados e citados acima se valeram do método indicado no início deste item. Ou seja, na delimitação da figura jurídica somente alguns partiram de uma definição, conceituação.

Dito isso, passemos à nossa posição sobre o *locus* do instituto em investigação.

Inicialmente, partindo da expressão legislativa dos §§4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, conceituamos o instituto como sendo perda onerosa involuntária, por decisão judicial, de propriedade imobiliária, urbana ou rural, que disponha de extensa área ocupada por grande número de pessoas, considerado individual ou coletivamente, por mais de cinco anos, que tenham posse qualificada.

Nesta senda, entende-se como espécie de perda da propriedade que, no esteio do art. 1.275, e incisos do Código Civil, harmoniza-se em torno da *desapropriação*, que deve ser compreendida em acepção ampla, absorvendo tanto a realizada pelo Poder Público, presente no § 3º do art. 1.228 daquele diploma, como a perseguida pelos particulares que, por funcionalizarem a posse, na rota do § 4º, também do art. 1.228 do Código Civil, pode ser concebida como de interesse social.

Assim, saliente-se, por oportuno, não ser o caso de perda por alienação como pretende alguns autores vistos acima, vez que, ante a intervenção do Estado-juiz a hipótese acaba carecendo do pressuposto básico da disposição, qual seja: a livre vontade. Ademais, estando o instituto no regramento material e possuindo caráter oneroso, afasta-se as teses aludidas referentes ao *contradireito processual*, como também da *usucapião* que, por essência, é instituto aquisitivo gratuito.

Ainda no campo da classificação, onde a pretensão é reduzir o instituto a categorias lógicas, temos que, apesar do interesse social ao fundo, reflexo, trata-se de desapropriação *privada*. Isto porque, ela não é realizada pelo Poder Público, seja o Executivo ou Legislativo,

muito menos o Judiciário. O Estado-juiz, ao contrário do que muitos sustentam, apenas administra e decide em torno de interesses principais e meramente privados. Em suma, quem promove a desapropriação são os particulares que estão na posse funcionalizada e pugnam pela proteção judicial condicionada à indenização, seja em ação própria ou em defesa em ação reivindicatória ou possessória promovida pelo proprietário que incorreu na desfuncionalização, não podendo o magistrado agir de ofício mesmo diante dos requisitos configuradores.

Não entendemos adequada a adjetivação *indireta*. A uma, porque sendo a desapropriação privada não se deve conceber a aplicação do regime jurídico-administrativo<sup>182</sup> a atrair aquela classificação, em virtude da prévia ocupação da extensa área pelo considerável número de pessoas, sem qualquer indenização. A duas, porque a propositura de ação indenizatória pelo proprietário que não funcionalizou o seu domínio e reconhece esta situação a fim de pleitear reparação imediata dos possuidores, também não atrai a conotação do regramento administrativo.

Incrementamos a categorização com a expressão *posse qualificada*. Isto porque, a exceção material depende da funcionalização da posse, perfectibilizada por obras e serviços relevantes sob a óptica social e econômica. Saliente-se que optamos por tal expressão porque não resta a funcionalização da posse vinculada ao trabalho estrito senso. Ela é bem mais ampla, englobando moradia, obras, serviços, etc. Com efeito, preferimos a expressão *desapropriação privada por posse qualificada* como categorização e, portanto, *locus* adequado para o instituto.

---

<sup>182</sup> Para Nobre Júnior, trata-se de expropriação indireta. Vejamos trecho de artigo em que ele assenta sua posição: “À primeira vista, (...) parece caracterizar-se como autêntica desapropriação, pois não se aparenta à aquisição negocial (compra e venda) nem ao usucapião, que prescinde de contrapartida econômica. Muito menos pode ser equiparada à acessão. A referência a necessidade do pagamento de justa indenização aproxima a novidade legislativa ao modelo expropriatório, mais precisamente em sua modalidade indireta, o que é reforçado pela circunstância da aquisição do domínio ocorrer de forma compulsória”. (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. A posse e a propriedade no novo Código Civil. In: Revista forense, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71).

Por derradeiro, saliente-se ser esse dissenso doutrinário dispensável a aplicabilidade e a real efetivação do instituto, já que a essência e o objetivo são facilmente constatados, ou seja, resta evidente que o legislador ordinário enalteceu a posse qualificada em colisão com a propriedade em abandono social ou desfuncionalizada. Contudo, tem-se, por inegável, que para a cientificidade a ausência de entendimento comum ou, ao menos, dominante, não é bem visto, pois compromete a identidade do instituto.

### 5.3 CONFORMIDADE E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Em virtude do caráter inovador e por atentar contra a estabilidade de instituto clássico e a favor do capital, quando da promulgação do Código Civil de 2002 diversos *canhões* de inconstitucionalidade foram direcionados a *desapropriação privada por posse qualificada*, sob o argumento preponderante de afronta direta ao direito fundamental a propriedade privada, visto se tratar, à luz do entendimento dos críticos, de verdadeira forma de confisco. Neste sentido, posicionou-se com veemência Carlos Alberto Dabus Malus em comentários ao instituto em obra coordenada por Silva<sup>183</sup>, onde acrescentou que o mesmo, além de violar o direito de propriedade, estimula as invasões e a desordem.

Ainda no esteio da inconstitucionalidade, em crítica ao anteprojeto do atual Código Civil, o saudoso Pereira<sup>184</sup> atacou o instituto dizendo ser vedado ao legislador ordinário dispor sobre modalidade de desapropriação por interesse privado não prevista no texto constitucional; além disso, repudiou a técnica legislativa utilizada, que segundo ele, fomenta o subjetivismo e o arbítrio do juiz.

---

<sup>183</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). Código Civil comentado, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1153.

<sup>184</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *In*: Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 242, abr./jun., 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 21-2.



Contudo, promovendo-se a releitura adequada, no esteio da dignidade da pessoa humana; da igualdade material; da solidariedade social; da necessidade de combate, redução e eliminação da miserabilidade, da pobreza, da marginalidade e das desigualdades sociais e regionais; bem como, da efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, em especial, do trabalho, da previdência social, da moradia, da alimentação e, ao fundo, da saúde e da vida, baixou-se as *armas* em prol da constitucionalidade do instituto interventor e supressor da propriedade privada desfuncionalizada.

Em arremate, fora editado o Enunciado n. 82, na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que prescreve: “*É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil*”. Como defensor desse entendimento citamos Reale<sup>185</sup>, para quem seria uma desapropriação por interesse social, dispondo, portanto, de pleno assento na norma ápice.

Como seguidores do saudoso Reale, temos Zavascky<sup>186</sup> e Fachin<sup>187</sup>. Para o primeiro a constitucionalidade é ponto inquestionável, pois o legislador ordinário, em legitimado sopesamento, apenas solucionou tensão entre o direito de propriedade e a função social, enaltecendo este último. Já para Fachin, a constitucionalidade do §4º do art. 1.228, do Código Civil é evidente, pois o instituto se comporta como mera decorrência da função social da propriedade. Em idêntico sentido, são as posições de Diniz<sup>188</sup>, Loureiro<sup>189</sup> e Nery<sup>190</sup>, para quem a inovação *tupiniquim* segue a humanização da propriedade, a socialização da posse, a

<sup>185</sup> REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. *ibidem*, p. 34.

<sup>186</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. *ibidem*.

<sup>187</sup> Sugestões encartadas em "O Projeto de Código Civil no Senado Federal", Brasília, Senado Federal, 1998, v. II, p. 311 e 317.

<sup>188</sup> DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 13ª ed. rev. aum. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 830-7. Em igual sentido: DINIZ, Maria Helena. A constitucionalidade do art. 1.228, §§4º e 5º, da Lei n. 10.406/2002. *In: Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 467-479.

<sup>189</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *ibidem*, p. 1152-5. Em obra coordenada por Peluso, Francisco Eduardo Loureiro comenta as regras do §§ 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, sustentando a constitucionalidade da desapropriação judicial.

<sup>190</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *ibidem*, p. 591.

função social da posse e da propriedade e a justiça social, sendo assim, cristalina a sua constitucionalidade.

Destarte, ratificou-se a posição de que nenhum direito fundamental é absoluto, possibilitando, em matéria de tensão, a solução por meio da ponderação à luz da proporcionalidade. Nesta rota alexiana, sob a *lente* da norma ápice, caminhou o nosso legislador infraconstitucional. Ciente de que o constituinte exige o exercício funcionalizado pelo titular do direito de propriedade, diretriz esta que não pode sofrer retrocesso, o nosso legislador infraconstitucional enalteceu a posse funcionalizada e mitigou o domínio, quando desfuncionalizado.

Com efeito, em matéria de não-uso perpetrada pelo titular do domínio e, em contraponto, haja um uso perfeitamente funcionalizado e guiado por possuidores diretos, em cumprimento aos parâmetros constitucionais supra, não há falar em confisco, até porque, ao fundo, exigiu o legislador infraconstitucional o pagamento de justa indenização para fins de perfectibilização expropriatória<sup>191</sup>.

Desta feita, percebe-se que, em verdade, trata-se de instituto que efetiva os anseios do constituinte originário, estando em plena harmonia com a carga axiológica da norma suprema ao possibilitar a concretização da dignidade humana, por meio do acesso aos bens e, por conseguinte, os direitos fundamentais.

---

<sup>191</sup> GUIMARÃES, Jackson Rocha. O novo Código Civil e o Direito das Coisas. Revista dos Tribunais, v. 798, abril 2002. São Paulo: RT, 2002, p. 56.

#### 5.4 DA(S) VIA(S) DE EXERCÍCIO DO DIREITO DOS POSSUIDORES E DO OBJETO DA TUTELA AQUISITIVA

O excerto do §4º do art. 1.228, do Código Civil, que prescreve que o proprietário pode ser privado da coisa imóvel reivindicada deflagra o debate sobre a(s) via(s) de exercício do direito dos possuidores.

Inicialmente preponderou a tese estrita de que o exercício do direito por parte dos possuidores dependeria da propositura específica da ação petitória reivindicatória pelo proprietário. Assim, quando da resposta na qualidade de réu os possuidores manejariam a exceção material de *desapropriação privada por posse qualificada* em face do domínio desfuncionalizado, acaso preenchido os pressupostos e requisitos que estudaremos adiante. Este entendimento permeava nossa doutrina e jurisprudência<sup>192</sup>, e estava em consonância com o Enunciado n. 79, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que pregava a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório<sup>193</sup>.

Evoluindo no pensamento a partir de novos ventos interpretativos, a doutrina<sup>194</sup> passou a conceber o exercício do direito à *desapropriação privada por posse qualificada* no juízo possessório, no momento da resposta de qualquer ação possessória proposta. Diante disso, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o

<sup>192</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 17ª CC, AgI nº 70006925556, Des. (a) Rel. (a) Elaine Harzheim Macedo, j. 23/09/2003, DJ 23/09/2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2011. “[...] *Pede também o autor da ação que seja aplicado o disposto no art. 1.228, do CCB/2002. Ora, a previsão do que parte da doutrina está rotulando de desapropriação judicial ou, ainda, como querem outros, de venda forçada, só tem cabimento em sede de processo de reivindicação de imóvel, como defesa dos ocupantes demandados, e nos limites precisos que os referidos dispositivos arrolam. Não é, pois, este o caso dos autos. Menos ainda por esta razão comportaria a antecipação de tutela. [...]*” Grifos nosso.

<sup>193</sup> Enunciado n. 79, da I JDC/CJF: “*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: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2011.

<sup>194</sup> “(...) Logo, em uma primeira leitura, poder-se-ia concluir que a desapropriação judicial só pode ser suscitada como matéria de defesa em ações reivindicatórias, fundadas em direitos reais. **Entrementes, há de ser seguida a orientação de Zavaski, que entende poder ser o instituto alegado também no âmbito dos interditos possessórios movidos pelo proprietário, porquanto não há motivo plausível para negá-lo**”. (NARBONDO, Rodrigo Trugillo Del Cueto. Considerações acerca do instituto previsto no art. 1228, §§4º e 5º, do Código Civil, ano XXXIII, n. 103, set. 2006. Porto Alegre: AJURIS, p. 299).

Enunciado n. 310, que dispõe: “*Interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1.228, §4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório*”. Essa abertura fora justificada na concretização do princípio da função social da propriedade e da posse, que não admitem interpretação restritiva, sob pena de afronta a direito fundamental de eficácia imediata<sup>195</sup>.

Seguindo o que sustenta Loureiro<sup>196</sup>, e no esteio do enunciado retro citado, para nós a *desapropriação privada por posse qualificada* pode ser aplicada tanto em sede das ações petitórias quanto nas possessórias, em que pese vozes jurisprudenciais ainda em contrário<sup>197</sup>. Utilizada a via da exceção substancial, consoante jurisprudência pátria<sup>198</sup>, registre-se que a desapropriação referida só poderá ser arguida no prazo da contestação, não havendo necessidade de reconvenção.

Assim como Loureiro<sup>199</sup>, também entendemos que o preceito da desapropriação transborda a ideia de exceção material, o que possibilita a via direta da ação para os possuidores<sup>200</sup>. É neste sentido também a nossa jurisprudência<sup>201</sup>. Isto porque, trata-se de

<sup>195</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Código Civil anotado. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 721-2.

<sup>196</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *ibidem*, p. 1152-5.

<sup>197</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia, 1ª CC, *u.*, Ap. Cível n. 102.002.2004.004005-6, Rel. Des. Paulo Kiyochi Mori, *j.* 10/07/2007, DJ 10/07/2007. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/listaDocumentos.jsp>>. Acesso em: 23 set. 2011. Reintegração de posse. Preenchimento dos requisitos necessários. Ausência de contestação da posse e do esbulho por parte dos invasores. **Desapropriação judicial. Impossibilidade.** Comprovada a posse anterior, o esbulho praticado, bem como a data dessa ocorrência pelo autor, a reintegração da posse é medida que se impõe, mormente se não contestado o preenchimento de tais requisitos pelos invasores. **A desapropriação judicial somente se pode dar em ação dominial, sendo imperioso o exercício da posse de boa-fé, por prazo ininterrupto de 5 anos, pelas pessoas que teriam realizado as obras e serviços de interesse social ou econômico relevante no imóvel.** *Grifos nosso.*

<sup>198</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 18ª CC, ApCiv 167.064-2 - AC nº. 8297, Rel. Des. Roberto de Vicente, *j.* 20/02/2008, DJ 07.03.2008. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1648926/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-167064-2>>. Acesso em: 23 set. 2011. "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REIVINDICATÓRIA - PRELIMINARES: DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO 'EXTRA PETITA' REJEITADA - HAVENDO NA CONTESTAÇÃO A ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO PELOS RÉUS, CABÍVEL SE ESTABELECEER CORRELAÇÃO COM A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL, DE MODO A DAR EFETIVIDADE AO PROCESSO (...)".

<sup>199</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *ibidem*.

<sup>200</sup> Em sentido contrário, vejamos as seguintes vozes: "Como já foi dito, não será possível aos possuidores o exercício autônomo de pretensão buscando a desapropriação judicial, já que essa forma de intervenção na propriedade privada requer a instauração de juízo petitório pelo proprietário reivindicante (...)". Grifos nosso. (RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre

direito potestativo condicionado, plenamente garantido pela lei civil aos titulares de posse qualificada, que, a título oneroso, poderão adquirir o domínio contra a vontade do proprietário, a quem só cabe se sujeitar ante a sua inação social e/ou abuso de direito.

Saliente-se que para o exercício do direito em questão é indispensável à pretensão autoral ou a exceção material dos demandados, na qualidade de possuidores. Do contrário, o juiz sequer apreciará os pressupostos e requisitos da *desapropriação privada por posse qualificada*, muito menos equacionará a controvérsia no mérito, pois, não obstante ser *pro ativo* no tocante ao social, deve pleno respeito ao princípio da congruência ou da coerência entre o pedido e o dispositivo, não lhe sendo autorizado suprimir os princípios e regras instrumentais.

Em relação ao objeto da tutela aquisitiva, limita-se a imóveis particulares, que pode ser tanto urbano quanto rural e, desde que se enquadre no conceito aberto de *extensa área*, conforme veremos a seguir em item próprio. Essa regra restritiva se encontra em perfeita harmonia com os preceitos que vedam a usucapião de bens públicos, que também são inalienáveis e indisponíveis. Neste sentido, fora aprovado Enunciado n. 83, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “*nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil*”.

De todo modo, vale apontar fenda interpretativa minoritária aberta em relação à possibilidade dos bens públicos dominicais ou domaniais serem usucapidos e, por conseguinte, desapropriados em favor dos particulares que exerçam a posse qualificada. A

---

Constituição, direito e processo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7857&p=2>>., Acesso em: 25 jun. 2011).

<sup>201</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13ª CC, APCÍVEL n. 1.0251.07.022118-8/001, Des(a). Cláudia Maia, j. 19/03/2009, DJ 05/05/2009. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt\\_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 23 set. 2011. Na fundamentação do seu voto a ilustre relatora consigna: [...] *Além disso, sem embargo de entendimento contrário, permissa venia, não há qualquer empecilho a que o instituto seja invocado também mediante ação autônoma, e não só como defesa.* [...]”. Grifos nosso.

espécie de bem público em questão integra o domínio privado das pessoas jurídicas de direito público e pode ser alienada, desde que, por lei, seja desafetada de qualquer utilização pública. Assim, se pode tornar-se disponível, abre-se a via da *desapropriação privada por posse qualificada*. Esse é o entendimento exarado no Enunciado n. 304, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>202</sup>.

## 5.5 DAS CLÁUSULAS ABERTAS: OPERABILIDADE CONFERIDA AO JUIZ

Dentre os princípios estruturantes do atual Código Civil temos o da operabilidade. Este traduz a ideia de Código sistêmico, efetivo, que resolve e não complica. Ele se amolda a técnica legislativa das cláusulas abertas que garante abertura e mobilidade ao sistema jurídico<sup>203</sup>, a ensejar mutações interpretativas aos longos dos anos sem comprometimento da regra originária. Em outras palavras, possibilita que o juiz observe a evolução dos valores, em verdadeiro culturalismo<sup>204</sup>, a fim de que na análise do caso concreto seja *pro* ativo, acompanhe as transformações sociais e empregue as releituras adequadas como forma de revigorar o alcance e a aplicabilidade da disposição legislativa.

Assim, tem-se, por inegável, que as cláusulas abertas propiciaram ao magistrado maiores poderes ante a discricionariedade, tudo isso à luz do sistema de interpretação da livre pesquisa e na perspectiva do alcance da finalidade da norma, do bem-comum, evidente, sem extrapolar, com o exercício hermenêutico, os limites da normatividade do sistema. Diante

---

<sup>202</sup> Enunciado n. 304, da IV JDC/CJF: “São aplicáveis as disposições dos §§4º e 5º do art. 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado n. 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

<sup>203</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 341.

<sup>204</sup> Para o culturalismo o Direito deve ser concebido como uma experiência cultural (“mundo construído”), subordinada a princípios ético-sociais. A aplicação dele atentará sempre para a evolução dos valores existenciais a serviço da tutela da pessoa.

disso, percebe-se que a missão do Estado-juiz fora enaltecida, o que promoveu a renovação do papel do julgador e reforçou a nossa jurisprudência enquanto fonte do direito, significando, nas palavras de Amaral Júnior, a “*commonlawização da civil law pátria*”<sup>205</sup>.

Essa nova sistemática interpretativa permeia todo o Código Civil de 2002, não sendo diferente quanto à *desapropriação privada por posse qualificada*. Para aplicação deste instituto nos deparamos com expressões polissêmicas, como: *extensa área, considerável número de pessoas, obras e serviços de interesse social e econômico relevante e justa indenização*, postas como requisitos pelo legislador ordinário. Destes, apenas o último não será enfrentado neste item, ficando para o seguinte.

Antes de enfrentamos os requisitos, um a um, imprescindível é a análise dos pressupostos objetivos, ou seja, do tempo de posse, que se exige *mais de cinco anos ininterruptos*, além da forma de contagem, assim como, a boa-fé, seja em imóvel urbano ou rural.

O critério objetivo temporal dispensa maiores comentários, ou seja, quanto à ocupação ser superior a cinco anos ininterruptos. Aqui, deve ser considerada a regra transitória de direito intertemporal que acrescenta o prazo em dois anos, quando da entrada em vigor do novo Código, em respeito ao princípio da não surpresa. Todavia, hoje essa hipótese de incremento do prazo aquisitivo já se encontra superada ante os quase nove anos de vigência do atual Código. Por outro lado, em que pese posições em contrário, para efeito de cálculo do prazo da posse ininterrupta dos possuidores que pugnam pela desapropriação privada, pode ser levado em conta os períodos de posse de seus antecessores.

Já o pressuposto da *posse de boa-fé*, por sua vez, estimula o debate. Seria a boa-fé na sua espécie subjetiva ou objetiva? Ou seja, deve-se levar em conta o plano intencional ou a

---

<sup>205</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002, p. 69.

conduta dos envolvidos? Ademais, acresce-se a ideia de posse justa, em que pese à omissão legislativa?

Bem, para responder as indagações partimos da razão prescrita no Enunciado n. 309, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>206</sup>, pois, do contrário, seria impossível a configuração do pressuposto em questão e, por conseguinte, a aplicação da *desapropriação privada por posse qualificada*, haja vista, ser remotíssima a situação possessória em que os possuidores desconhecem por completo o vício ou o obstáculo para a aquisição da coisa ocupada. Assim, para nós, não obstante a resistência de tribunal pátrio<sup>207</sup>, o conceito de posse de boa-fé previsto no §4º do art. 1.228, do Código Civil, não é o subjetivo enunciado no art. 1.201 do referido diploma legislativo, mas, o objetivo, relacionada às condutas dos envolvidos, dos possuidores. Tanto é verdade que, sequer o legislador fez referência a posse justa, assim como, a necessidade de título na desapropriação privada, a exigir a incidência do art. 1.200, *caput*, e do parágrafo único do art. 1.201, ambos do Código Civil. Ele desconsiderou o estado de subjetividade dos possuidores em relação ao vício de posse por violência, clandestinidade ou precariedade, bem como, no tocante aos obstáculos, ou seja, atos de permissão ou tolerância que também impediriam à aquisição da coisa.

Neste diapasão, pontua Tartuce, inclusive sustentando que os invasores têm o direito à *desapropriação privada por posse qualificada*, o que jamais seria alcançado se o instituto fosse compreendido sob a óptica subjetiva. Para o autor aludido, a solução de tensão como

<sup>206</sup> Enunciado n. 309, da IV JDC/CJF: “O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no §4º do art. 1.228”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

<sup>207</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia, 1ª CC, Ap. Cível n. 100.001.2006.018386-0, Rel. Des. Paulo Kiyochi Mori, j. 19/05/2009, DJ 19/05/2009. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/listaDocumentos.jsp>>. Acesso em: 23 set. 2011. Reintegração de posse. Valoração das provas. Atribuição do juiz. **Desapropriação pela posse-trabalho. Ausência de boa-fé.** Compete ao magistrado apreciar livremente as provas, desde que decida motivadamente. Configurada a suspeição das testemunhas trazidas pela parte requerida, age corretamente o juiz ao atribuir valor relativo aos seus depoimentos, confrontando-os com as demais provas existentes. **Havendo circunstâncias nos autos que permitam a presunção de que o possuidor não ignora que ocupa indevidamente o imóvel, mostra-se incabível a desapropriação judicial** (CC, art. 1.228, § 4º). *Grifos nosso.*



essa se dará por meio da análise da *melhor posse*, a que atenda a função social<sup>208</sup>. Em sentido contrário, com registro conservador e alheio a efetivação dos valores constitucionais, cite-se Figueira Júnior<sup>209</sup>, para quem entender a posse de boa-fé na acepção objetiva, a fim de possibilitar a desapropriação privada, significa autorizar o vilipêndio à propriedade e fomentar às violentas invasões de terras urbanas e rurais, em verdadeiro atentado ao princípio estruturante da eticidade.

Assim, observados os pressupostos objetivos restará ao intérprete investigar a materialização dos requisitos legais aludidos a fim de aplicar a *desapropriação judicial por posse qualificada* pugnada pelos possuidores em caso concreto. Vejamos.

Inicialmente, deve o magistrado se valer da própria ordem jurídica para delimitar o conceito de *extensa área*. Para tanto, a depender da qualificação do imóvel, se urbano ou rural, e a partir do que o constituinte e o legislador infraconstitucional, indiretamente, já preceituaram, é possível chegar aos limites iniciais da extensão por imóvel.

Em se tratando de imóvel urbano, considera-se extenso o que possua área que ultrapasse 250 m<sup>2</sup>, limite previsto para usucapião urbana especial. Já se for rural, valendo-se do mesmo raciocínio, são imóveis extensos os que disponham de área superior a 50 hectares (ha), conforme limite previsto para usucapião rural especial. Essa solução mostra-se razoável e coerente com o próprio sistema, respeitando-se o princípio da operatividade do Código Civil, que possibilita a flexibilização de tais parâmetros conforme as peculiaridades locais e regionais dos imóveis.

Destarte, estando o juiz diante de situação processual onde reste demonstrado que o objeto da pendenga trata-se de imóvel urbano com área maior que 250 m<sup>2</sup> e rural superior a 50 ha, que pode ser temperada conforme peculiaridades do local ou região, resta autorizada a análise do segundo requisito legal, qual seja: se há um *considerável número de pessoas*, há

---

<sup>208</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. *ibidem*, p. 810-1.

<sup>209</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *op. cit.*

mais de 05 (cinco) anos ininterruptos, ocupando a área em discussão na qualidade de possuidores diretos e de boa-fé. Mas quantas pessoas deverão está na área?

Não há resposta pronta, una e estática para a indagação retro, pois tudo sempre vai depender das circunstâncias fáticas. Poderíamos considerar que 10 (dez) famílias<sup>210</sup>, em média, com 05 (cinco) membros cada, a totalizar 50 (cinquenta) pessoas, ocupando área urbana de 500 m<sup>2</sup>, seria extremamente considerável, pois, demograficamente, teríamos uma pessoa para cada 10 m<sup>2</sup>, o que não seria para uma área urbana de 20.000 m<sup>2</sup>, visto que passaríamos a relação de uma pessoa para cada 400 m<sup>2</sup>. Essa mesma metodologia deve ser aplicada a área rural. Com efeito, compreendemos que neste ponto o juiz deve sempre realizar uma operação matemática para encontrar o índice demográfico e, por conseguinte, aferir se há uma *taxa de ocupação* razoável ou não, seja o imóvel urbano ou rural. Isto é, a quantidade deve ser apurada com base na extensão da área possuída<sup>211</sup>. Neste sentido é a nossa jurisprudência<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13ª CC, APCÍVEL n. 1.0251.07.022118-8/001, Des(a). Cláudia Maia, j. 19/03/2009, DJ 05/05/2009. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt\\_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 23 set. 2011. EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. CARÁTER SOCIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. O novo Código Civil instituiu em seu art. 1228, §§ 4º e 5º, com propósito marcadamente social, a figura intitulada pela doutrina de desapropriação judicial, que consiste, basicamente, em uma modalidade de alienação compulsória do proprietário sem a posse ao possuidor sem propriedade, desde que restem preenchidos determinados requisitos legais. Consideradas as expressões "considerável número de pessoas" e realização de "obras e serviços de interesse social e econômico relevante" exigidas pela lei para que se opere a perda da propriedade, tem-se que tal instituto não se presta a atender ao interesse individual homogêneo de uma única entidade familiar. Sem descurar da aplicação do princípio basilar da sociabilidade, faz-se necessário que exista colisão entre os valores coletivos e os individuais. *Grifos nosso*.

<sup>211</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas. *op. cit.*, p. 203.

<sup>212</sup> Vejamos trecho extraído do voto do relator Desembargador Ruy Muggiati: “[...] *Com efeito, verifica-se que o legislador utilizou-se de conceitos abertos que devem ser preenchidos pela parte que pretende adquirir a propriedade do bem pela via da desapropriação judicial. Com tal norma, buscou o legislador proteger a posse-trabalho, que pode ser ameaçada pela vontade do proprietário não possuidor. Embora sejam indeterminados quanto aos seus limites, tais conceitos têm em seu núcleo uma nítida zona de clareza. Segundo Aurélio, extenso significa o que é vasto ou amplo. E considerável corresponde àquilo que é muito grande. Tais idéias estão implícitas no trecho do acórdão impugnado pelos embargantes, e não foram explicitadas em virtude de serem consideradas evidentes. O imóvel litigioso, com apenas 500 metros quadrados, é de tamanho médio ou normal, equivalente ao dos lotes vizinhos, não configurando portanto extensa (vasta) área. E os requeridos, em número de seis, não podem ser tidos como um considerável (muito grande) número de pessoas, mesmo que se levassem em conta seus familiares. [...]*” Grifos nosso (Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 18ª CC, Processo nº 574120-4/01, Rel. Des. Ruy Muggiati, j. 03/03/2010, DJ 23/02/2010.

Identificados a *extensa área* e o *considerável número de pessoas*, resta saber se os possuidores diretos, em conjunto ou separadamente, promoveram a qualificação da sua posse, ou seja, se estão usando e gozando da área para promoção do trabalho próprio ou de terceiros, se ergueram suas moradias, se desempenham atividades empresariais ou de interesse público, enfim, se realizaram obras e/ou serviços de alcance social e/ou econômico relevante. Em suma, se há funcionalização da posse. Neste caso, não obstante a riqueza fática que pode nos revelar diversas situações que pode se amoldar aos preceitos do instituto, vejamos algumas hipóteses para ilustrar o disposto.

Imaginemos que invasores de um imóvel rural desfuncionalizado promovem o cultivo de diversas hortaliças e grãos na área, deles extraíndo renda, alimentos, bem como trabalho. De igual modo, a situação de famílias que invade área urbana e constrói suas moradias no local, desde que não preencham os requisitos para usucapião urbana especial coletiva que, registre-se, são distintos dos referentes à *desapropriação privada por posse qualificada*. Ademais, em extensa área urbana ou rural, invasores erguem uma fábrica em regime cooperativista e geram postos de trabalho e renda para diversas pessoas, que, diariamente, ocupam o local. Este raciocínio também pode ser aplicado a uma associação ou fundação privada com fins religiosos, morais, culturais, educacionais, científicos, assistenciais, de promoção do meio ambiente, etc. Em arremate, frise-se que em todas essas hipóteses deve restar configurada a função social da posse em face de uma propriedade desfuncionalizada.

## 5.6 A QUEM CABE O ÔNUS DE PAGAR?

Outrora consignamos ser a onerosidade a marca da *desapropriação judicial por posse qualificada*. Ela se configura como traço distintivo do instituto, pois, sem a mesma estaríamos diante da usucapião coletiva. A propósito podemos registrar a covardia do legislador ordinário de 2002 em não reconhecer tal modalidade de usucapião no âmbito do Código Civil para imóveis rurais e urbanos, e para qualquer hipótese de materialização da posse qualificada, independentemente da natureza econômico-financeira dos possuidores. Assim, teríamos campo normativo bem mais elástico do que o previsto na regra especial do Estatuto da Cidade que se limita as áreas urbanas e aos possuidores de baixa renda, que qualificarem sua posse com a moradia.

De todo modo, mantido o §5º do art. 1.228, do Código Civil e, portanto, o requisito da onerosidade, resta-nos saber a quem compete arcar com o ônus do pagamento da justa indenização arbitrada pelo Estado-juiz, já que se constata omissão legislativa ou indicação clara do(s) devedor(es).

A resposta a essa indagação é alvo de grande polêmica e dissenso doutrinário. Não há sequer como apontarmos uma corrente majoritária, em que pese já exista alguns enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal sobre o tema que, sistematicamente, vem sendo seguidos. Neste esteio, passamos a comentar os pontos de discórdias, apontando, ao fim, nossa posição.

O primeiro ponto de divergência se refere à eventual responsabilidade patrimonial do Estado, ou não. E, em se admitindo a obrigação de indenizar em desfavor do Poder Público, qual seria a esfera atingida? União, Estado, Distrito Federal ou Município?

Loureiro<sup>213</sup> sustenta que não cabe ao Poder Público, em hipótese alguma, o pagamento da justa indenização. Quem deve pagar a indenização são os beneficiados, os

---

<sup>213</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). *ibidem*, p. 1152-3.

possuidores diretos que se tornaram proprietários. Por outro lado, Carvalho Neto e Fugie<sup>214</sup>, assim como, Nobre Júnior<sup>215</sup>, sustentam que a obrigação de indenizar, ou seja, o encargo da justa indenização, cabe ao Poder Público. Argumentam que, do contrário, estar-se-ia a negar vigência a norma que visa beneficiar carentes. Para eles, a responsabilidade patrimonial seria da União, em se tratando de imóvel rural, e do Município, na hipótese de imóvel urbano. De igual modo, defende Farias e Rosenvald. Para estes o Estado é órgão expropriante e pagador<sup>216</sup>. Isto porque, quem expropria é o Poder Judiciário e não os possuidores. Assim, dispõe o Poder Público de legitimação processual, devendo integrar a lide na condição de litisconsorte necessário, sendo a União, quando o imóvel for rural, e o Município, caso seja urbano<sup>217</sup>.

Sobre o tema, já na I Jornada de Direito Civil no Conselho da Justiça Federal fora aprovado o Enunciado n. 84, que, de maneira absoluta, impõe a obrigação de indenizar aos particulares possuidores que passaram a condição de proprietários<sup>218</sup>. Contudo, anos depois, no esteio de lição de Barroso<sup>219</sup>, foi aprovado o Enunciado n. 308, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>220</sup>, onde houve um temperamento, admitindo-se a

<sup>214</sup> CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais, v. V. Curitiba: Juruá, 2003, p. 47.

<sup>215</sup> NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. A posse e a propriedade no novo Código Civil. *op. cit.*, p. 72.

<sup>216</sup> Em igual sentido: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Código Civil anotado. *ibidem*, p. 721-2.

<sup>217</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. *ibidem*, p. 39-43.

<sup>218</sup> BRASIL, Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/15\\_direito\\_das\\_coisas.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/15_direito_das_coisas.pdf)>. Acesso em 12.09.2011. Enunciado n. 84, da I JDC/CJF: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. Grifos nosso.

<sup>219</sup> BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade do art. 1.228, §§4º e 5º do Código Civil. In: Revista de Direito Privado, v. 6, n. 21, jan./mar. 2005. São Paulo: RT, p. 130-8.

<sup>220</sup> Em defesa do seu entendimento, Lucas Abreu Barroso assentou: “Quando o imóvel reivindicado, urbano ou rural, estiver ocupado por possuidores de baixa renda, uma vez declarada a desapropriação judicial e apurada a verba indenizatória, o pagamento desta deverá ficar a cargo do ente federado que teria competência para desapropriá-lo na esfera administrativa. Para tanto, basta incorporar tal diretriz às políticas públicas em execução com a finalidade de cuidar das questões de reforma urbana ou agrária, ou que se imponha esse ônus à Administração Pública no próprio instrumento decisório. A interpretação proposta para o dispositivo em análise evita duas hipóteses indesejadas: a) que os possuidores de baixa renda, não podendo pagar a justa indenização, sejam obrigados a desocupar o imóvel onde realizaram benfeitorias de relevante interesse social e econômico, cumprindo, assim, a função social da propriedade; b) que a posse do imóvel seja restituída ao proprietário desidioso, que, ademais, praticou abuso de direito ao não observar os ditames constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao direito subjetivo da propriedade privada. A aplicação do instituto assim

responsabilidade patrimonial do Poder Público quando os possuidores se enquadrarem como de baixa renda<sup>221</sup>. A principal justificativa circunscreve a ideia de conferir maior efetividade ao instituto, já que, dificilmente aquela camada social terá condições econômico-financeiras de arcar com o valor da indenização.

Com essa nova vertente interpretativa, Farias e Rosenvald moderam a responsabilidade patrimonial da Administração Pública. Para tanto, passaram a sustentar que o Poder Público somente pode suportar o ônus da indenização acaso sejam os beneficiários considerados possuidores de baixa renda, que estejam inseridos no contexto de políticas de reforma urbana ou agrária. Destarte, sendo os possuidores detentores de razoável poder aquisitivo, ou seja, caso se insira na média ou alta classe, em suma, sejam abastados, cabe a estes o pagamento<sup>222</sup>.

Ousamos discordar do *avanço* no entendimento a imputar responsabilidade patrimonial ao Estado. Obrigar o Estado, qualquer que seja o ente federado, ao pagamento da indenização é solução contraditória, visto que o próprio Estado determinou ao particular o cumprimento da função social da propriedade<sup>223</sup>; logo, o descumprimento desta somente pode gerar implicações em face do infrator, mas nunca em desfavor do já ofendido Estado, de onde emanam as diretrizes políticas do social.

---

*pensada, no que se refere ao pagamento da indenização, levará a efeito mais facilmente a operabilidade a que está constricto, diminuindo os conflitos sociais e representando fator de distribuição horizontal da riqueza, imprescindível para o exercício da cidadania e para a afirmação da dignidade da pessoa humana*". (BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 634-5).

<sup>221</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Enunciado n. 308, IV JDC/CJF: "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 possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado n. 84, da I Jornada de Direito Civil".

<sup>222</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. *ibidem*, p. 44-5.

<sup>223</sup> "A função social da propriedade é um dever individual do proprietário, o seu desatendimento não pode ser juridicamente irrelevante, sob pena de concebemos deveres constitucionais inócuos" (RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66).

Nesta rota, cabe aos particulares o pagamento da indenização. Quem pode pagar, quem não pode resta devedor e a ele aplicam-se as regras materiais obrigacionais e processuais, inclusive com a suspensão do feito até surgir patrimônio que possa satisfazer o crédito do ex-proprietário, e pelo prazo prescricional trienal, já que a execução prescreve no prazo da pretensão, conforme Súmula n. 150, do STF. Entendimento semelhante é o sedimentado no Enunciado n. 311, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>224</sup>.

Saliente-se que não pretendemos negar a onerosidade; contudo, esta deve ser compreendida como de só menos importância, vez que o não cumprimento da função social esvazia o domínio autorizando que seu titular seja privado do direito subjetivo em favor de possuidores que funcionalizaram a posse. Esta nova vertente de solução de tensão entre a posse e a propriedade não pode jamais ser compreendida como confisco, até por que não há falar *desapropriação sanção* ou sem indenização, que não se amolda a relação eminentemente privada, conforme a que tratamos.

## **5.7 DOS COMPONENTES DO *QUANTUM DEBEATUR*, DA FORMA E DO MOMENTO DO PAGAMENTO.**

Identificado os *solvens*, os obrigados a pagar a justa indenização, resta-nos agora saber quais são os parâmetros para se chegar ao valor da *justa indenização* devida pelo grupo de possuidores. Além disso, qual seria o momento e a forma do pagamento daquela?

---

<sup>224</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Enunciado n. 311, IV JDC/CJF: “*Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores*”.

De plano, deve ser afastada qualquer metodologia de quantificação pautada no art. 14, do Decreto-lei n. 3.365/41. É que não se trata de modalidade tradicional de desapropriação nem de instituto de natureza pública, mas de espécie distinta, privada, com finalidade nobre ante a funcionalização da posse. Destarte, não se pode conceber que o cálculo seja realizado com base em valor mercadológico, nem que se considerem expectativas de ganhos e lucros cessantes, muito menos que incidam juros compensatórios, como ocorre no instituto de natureza administrativa. Neste sentido, tem-se o Enunciado n. 240, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>225</sup>.

Para nós, em se tratando de imóvel rural, o parâmetro base deve ser o valor da terra nua para fins agrário e fiscal. De igual modo, para o imóvel urbano deve ser utilizada a base de cálculo do IPTU, o valor venal indicado pela municipalidade para fins fiscais<sup>226</sup>. Em ambos deverão ser deduzidos os valores das benfeitorias que foram realizadas pelos possuidores. Neste último caso, nada impede que o juiz designe perito a fim de esclarecer o real valor das benfeitorias funcionalizadas, tornando o encontro de contas justo, seja na fase de conhecimento, seja na liquidação.

No tocante a forma do pagamento, acreditamos que deve ser em dinheiro. Contudo, nada impede que em sede de composição o ex-proprietário, ora credor, admita dação em pagamento, possibilitando, em mitigação ao princípio da identidade da coisa devida, o

---

<sup>225</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal, III Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005. Enunciado n. 240, III JDC/CJF: “A justa indenização a que alude o §5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”.

<sup>226</sup> Enfrentando o tema indenização em artigo relativo à desapropriação para fins de reforma urbana, situação que pode ser utilizada por analogia a presente investigada, Nobre Júnior assenta posição contrária a nossa quanto ao parâmetro fiscal para o cálculo da justa indenização. No âmbito urbano, assevera o citado autor que o art. 8º, §2º, da Lei nº 10.257/01, que fixa o valor venal para fins de IPTU como base de cálculo da indenização, não pode ser aplicado objetivamente, pois, na maioria das vezes os cadastros municipais se encontram desatualizados e, até mesmo, com valor irreal, o que não garante a “justa” indenização. De igual modo, se posiciona contra o uso da base de cálculo do ITR em relação aos imóveis rurais, valendo-se, em argumento de reforço, de posicionamento do STF, quando no julgamento do RE 99.849/PE, reputou inconstitucional o art. 11, do Decreto-lei nº 554/69, que se valia de tal parâmetro fiscal (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Desapropriação para fins de reforma urbana. In: Revista de informação legislativa, ano 39, v. 156, out./dez. 2002. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 86).



pagamento indireto mediante entrega de coisa diversa ou prestação de serviços realizados pelos possuidores devedores ou terceiro, em prazo por eles ajustados.

Assente-se que o pagamento nunca poderá ser prévio, ou seja, anterior a ocupação. Isto faz parte da própria lógica do instituto, já que, pela natureza das coisas, primeiro ocorre a ocupação do grupo de possuidores, que passaram a qualificar a posse. A resistência do proprietário, o reconhecimento pelo Estado-juiz da desfuncionalização em que ocorreu o titular do direito e o debate sobre o valor da indenização, são fatos supervenientes. Assim, o pagamento tende a ocorrer no curso do feito, quando se abre a via da conciliação, ou somente após passada em julgado o *decisum*. Nesta última hipótese, aplicam-se as regras processuais, devendo ser realizado o pagamento em quinze dias após o trânsito em julgado, conforme rito do cumprimento de sentença, salvo se depender da liquidação, sob pena de sanção processual e encargos naturais da mora.

Ultimando, apesar de não concordarmos por ser posicionamento incongruente, já que estamos tratando de instituto eminentemente privado, registre-se que, Loureiro sustenta que como a fixação do preço não se limita ao valor no mercado imobiliário, dispondo, portanto, de outros critérios avaliativos, o juiz pode diferir o pagamento da justa indenização em até dez anos, indexando os valores das parcelas a fim de manter o valor real, tudo conforme prescreve os arts. 182, §4º, III, e 184, ambos da norma ápice, que deve nortear a forma de pagamento quando demonstrado que o proprietário violou os deveres sociais que lhes foram impostos.

## **5.8 DA NATUREZA DA AQUISIÇÃO E DA TRANSFERÊNCIA IMOBILIÁRIA**

Outro ponto a ser considerado na matéria em análise é a forma de aquisição do imóvel decorrente da *desapropriação privada por posse qualificada*, se originária ou

derivada. O esclarecimento desta questão é significativo ao campo da transmissão imobiliária e, por conseguinte, dos custos desse ato, em particular, quanto as custas e emolumentos cartorários, bem como, em relação ao imposto de transmissão.

Pois bem, em visão moderna, a classificação dos meios de aquisição dos bens em originários e derivados pode ser sintetizada pela participação volitiva, ou não, do transmitente. Assim, quando a transferência imobiliária prescinde a vontade do anterior proprietário, temos a forma originária, restando a derivada para situações em que a transferência depende da avença<sup>227</sup>.

Neste esteio, podemos afirmar que a natureza da aquisição da propriedade por meio da *desapropriação privada por posse qualificada* é originária, visto ser a transferência contra a vontade do proprietário anterior que incorreu na desfuncionalização.

Para nós o momento consumativo da aquisição da propriedade ocorre com o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão que reconheceu a *desapropriação privada por posse qualificada*. Logo, o registro imobiliário a partir da *carta de sentença*, título hábil, é ato dispensável. Não é o caso de transcrição, pois não se trata da forma derivada de aquisição imobiliária. Ou seja, sendo a desapropriação referida considerada como modo originário, tem-se que o alcance da propriedade independe da regularização no registro de imóveis<sup>228</sup>, contudo, em respeito aos princípios da publicidade e da continuidade do registro, é importante que se assente a transferência de titularidade, podendo, em interpretação analógica ao §2º do art. 12, do Estatuto da Cidade, conforme o caso, ser o grupo de pessoas beneficiado com a assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de imóveis no tocante às custas e emolumentos, dentre outros.

---

<sup>227</sup> SOUZA, Fládia Raiane Soares de. Desapropriação: o momento consumativo e o registro do imóvel expropriado. Disponível em: <[www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina223.doc](http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina223.doc)>. Acesso em: 09 set. 2011.

<sup>228</sup> SOUZA, Fládia Raiane Soares de. *op. cit.*

Com efeito, ao contrário do sedimentado nos Enunciados n. 241<sup>229</sup> e 311<sup>230</sup>, da III e IV Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, respectivamente, verifica-se ser inútil condicionar o registro imobiliário ao pagamento da indenização, pois, a carta de sentença já é título hábil aquisitivo da propriedade, que pode ser extraída a partir do trânsito em julgado, sem que a contraprestação indenizatória seja paga. Como dito acima, o registro imobiliário figura apenas como mecanismo de publicidade da transferência do domínio e não como meio aquisitivo, visto não ser a hipótese de aquisição derivada<sup>231</sup>.

## 5.9 DA ESCASSEZ PRETORIANA

No esteio do estudado, a *desapropriação privada por posse qualificada* é compreendida como instituto ímpar, sem precedente legislativo no nosso sistema, não tendo, também, sequer semelhante na legislação alienígena. É inovação recente, considerado o início da sua vigência em 11 de janeiro de 2003. Além disso, é instituto pouco enfrentado por nossos tribunais, restringindo os casos coletados – que foram citados acima e constará nas referências abaixo –, a problemática em torno da análise dos pressupostos e dos requisitos legais. Em suma, o debate acalorado da doutrina ainda não alcançou nossa jurisprudência.

---

<sup>229</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal, III Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005. Enunciado n. 241, III JDC/CJF: “O registro da sentença em ação de reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, §5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz”.

<sup>230</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Enunciado n. 311, IV JDC/CJF: “*Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores*”.

<sup>231</sup> Em sentido contrário, citamos Francisco Eduardo Loureiro, que em comentários em obra coletiva, sustenta que fixado o preço por avaliação judicial e realizado o pagamento, a sentença valerá como título de aquisição derivada, podendo ser levada ao registro imobiliário. Assim, assevera ser o pagamento condicionante, ou seja, sem ele não se opera o registro imobiliário, podendo seguir a reivindicatória, pois, a alienação compulsória é verdadeira sub-rogação real, onde deve ocorrer a substituição da coisa pelo preço equivalente, não se admitindo diminuição quantitativa do patrimônio do proprietário. (Cf. PELUSO, Cezar (Coord.). *ibidem*, p. 1152-5).

Nesta senda, em pesquisa realizada nos repositórios virtuais de jurisprudência dos nossos vinte e sete Tribunais de Justiça, dos cinco Tribunais Regionais Federais, assim como, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por meio dos seus *sites*, podemos considerar baixíssima a discussão em torno do instituto investigado. Na quase totalidade dos acórdãos examinados a solução em torno da temática foi pela rejeição da exceção material, sob o argumento de não preenchimento dos pressupostos e/ou requisitos legais. Em nenhum dos acórdãos examinados identificamos o enfrentamento de todas as cláusulas abertas e o acolhimento da intervenção judicial a fim de garantir a propriedade aos possuidores.

#### **5.10 DAS PROPOSIÇÕES DE *LEGE FERENDA***

Diante de todo este cenário de implicações teóricas em torno da redação e do alcance dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, o que, sem sombra de dúvidas, compromete a boa aplicação do instituto da *desapropriação privada por posse qualificada*, entendemos ser de grande valia a formulação de algumas proposições a título de *lege ferenda*, na esperança de que um dia o legislador ordinário promova as necessárias e adequadas reformas nas disposições alhures referidas.

Na rota do defendido no decorrer deste capítulo, acreditamos que a palavra *reivindicado* deve ser suprimida do texto, já que admitimos a ação como via de exercício do direito de acesso aos bens pelos possuidores. Ademais, a exceção material como via deve ser concebida tanto na ação petitória reivindicatória quanto nas possessórias.

Como quebra de paradigma, sustentamos a objetivação da boa-fé, visto ser impossível não nos depararmos com circunstância em que os possuidores dispõem de

consciência de que, em tese, há óbice a aquisição da coisa. Assim, se não for admitido o aspecto objetivo, conforme apontado alhures, certamente a desapropriação privada por posse qualificada não se efetivará.

Para efeito de contagem do prazo da posse deve ser levado em consideração a posse do(s) antecessor(es), estando esta regra em consonância com a sistemática aquisitiva. Em relação ao aspecto da onerosidade, deve ser indicada a forma e os obrigados a pagar a indenização, que para nós deve ser em dinheiro e a inteiro cargo dos particulares, não havendo necessidade do pagamento ser prévio. Ademais, que na hipótese do inadimplemento deverão ser observadas as regras processuais no tocante ao cumprimento de sentença.

No respeitante ao valor da indenização, que o juiz leve em conta o valor do bem para efeitos fiscais, não se podendo conceber que o cálculo seja realizado com base em valor mercadológico, nem que se considerem expectativas de ganhos e lucros cessantes, muito menos que incidam juros compensatórios. Por outro lado, que do *quantum debeatur* deve ser deduzido o valor das benfeitorias necessárias e úteis que foram realizadas pelos possuidores.

A forma de aquisição deve ser pontuada, indicando a espécie originária a fim de tornar o registro ato prescindível, em que pese sua importância para publicidade e continuidade. Ultimando, registre-se que sendo os beneficiários considerados de baixa renda, ou pobres para efeito de assistência judiciária gratuita, bem como, entidades de expoente público e sem fins lucrativos, os custos cartorários deverão ser absorvidos pela isenção.

Por tudo sustentado, propomos que o instituto seja trabalho em um artigo, composto por *caput* e parágrafos, nos termos que segue:

*Art. 1.228-A. O proprietário de imóvel, urbano ou rural, com extensa área, que há mais de cinco anos ininterruptos, tenha sido ocupado por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, que no esteio da boa-fé objetiva ergueram suas moradias ou obras e/ou serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, o perderá diante de ação promovida pelos possuidores ou exceção arguida por esses,*

*que serão declarados proprietários, garantida a justa indenização ao perdente.*

*§ 1º Para efeito da contagem do prazo previsto no caput, os possuidores poderão acrescentar o tempo da posse de seu(s) antecessor(es), desde que contínua(s).*

*§ 2º O juiz fixará a justa indenização em dinheiro a ser paga pelos possuidores, sem incidência de juros compensatórios.*

*§ 3º A base de cálculo da indenização deve ser o valor do bem imóvel para fins fiscais, desconsideradas as expectativas de ganhos e lucros cessantes, e deduzido da conta o valor das benfeitorias necessárias e úteis erguidas pelos possuidores. Em caso de inadimplemento, aplicar-se-ão as regras processuais relativas ao cumprimento de sentença.*

*§ 4º A aquisição prevista no caput é originária e o título judicial se mostra hábil a demonstrar a propriedade individual ou condominial, sendo o registro imobiliário ato prescindível.*

*§5º O hipossuficiente e a entidade sem fins lucrativos, que estiverem sob o pálio da assistência judiciária gratuita, serão isentos das custas e emolumentos cartorários, caso optem por registrar o título judicial aquisitivo.*

## Capítulo 6. CONCLUSÕES

A materialização científica posta ao longo desta dissertação não pretendeu esgotar quaisquer questionamentos ou aprimoramentos das temáticas enfrentadas, mas, tão somente, fomentar o debate, a reflexão e contribuir com a onda renovatória do Direito Civil, que tem na Constituição o seu ponto construtivo de partida.

Neste diapasão, apresentaremos nossas conclusões de maneira articulada, consoante os núcleos de investigação dos capítulos trabalhados, e nos termos que seguem:

- (i) Diante da filosofia socializante e humanitária, a pessoa humana e os valores existenciais tornaram-se o propósito do Direito Civil, em fenômeno que a doutrina convencionou denominar de *repersonalização* e *despatrimonialização*;
- (ii) No nosso sistema a irradiação da normatividade constitucional e, em particular, dos direitos fundamentais, dispõe de eficácia imediata e aplicabilidade direta sobre as relações privadas, conforme já decidiu o STF;
- (iii) O juiz precisa compreender a relevância social da sua função para que, ativa e perenemente, concretize os direitos fundamentais em suas decisões;
- (iv) A releitura dos institutos do Direito Civil e, em particular, da posse e da propriedade, à luz da Constituição, é algo imperativo e imprescindível a superação do sistema clássico, do dogmatismo das titularidades ante a perseguida *repersonalização* e a *despatrimonialização*. Todavia, em pouco mais de nove anos da vigência da nova codificação ainda se verifica dificuldade quanto à superação do velho modelo no Brasil, padecendo o Código Civil de uma hermenêutica pretoriana construtiva, em que pese os estudos da Escola guiada por expoentes como Tepedino, Fachin e Lôbo, e seus seguidores;

(v) Na perspectiva moderna a posse qualificada tornou-se meio de materialização do patrimônio mínimo. Assim, ela concretiza direitos fundamentais e, por consectário lógico, enaltece a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a solidariedade social, a ponto de reforçar o combate as desigualdades sociais e regionais, bem como, fomentar a erradicação da miserabilidade e da pobreza, em verdadeiro tom de justiça distributiva;

(vi) A *desapropriação privada por posse qualificada* sintetiza valores constitucionais a serem concretizados pelo Estado-juiz a partir de soluções interpretativas as regras porosas, que facilitam a operabilidade; e,

(vii) Os particulares interessados na *desapropriação privada por posse qualificada* são os únicos devedores da indenização. A aquisição do domínio é originária, prescindindo, portanto, do registro imobiliário.

Constatada a escassez pretoriana e diante dos contornos interpretativos apontados no capítulo anterior, propomos reforma legislativa a fim de criar novo dispositivo, o art. 1.228-A, que preserve a redação do atual §4º do art. 1.228, do Código Civil, mas com os seguintes reparos:

- (i) Supressão da palavra *reivindicado* e a conseqüente inserção das formas de exercício do direito dos possuidores, por ação ou defesa;
- (ii) A inserção da palavra *objetiva* como qualificadora da boa-fé;
- (iii) A explicitação do objeto como sendo imóvel *urbano ou rural*;
- (iv) A inserção da palavra *moradias* para exemplificar a posse qualificada.

Em complemento a nova disposição, propomos cinco parágrafos com os seguintes objetos:



- (i) O primeiro deve versar sobre a contagem do prazo da posse, levando em consideração o tempo de posse do(s) antecessor(es), se contínuo;
- (ii) O segundo deve indicar a forma e os obrigados a pagar, que para nós deve ser em dinheiro, sem incidência de juros compensatórios, e a inteiro cargo dos particulares interessados;
- (iii) O terceiro deve apontar a base de cálculo da indenização, que será o valor do bem imóvel para fins fiscais. Indicará a desconsideração das expectativas de ganhos e lucros cessantes, bem como, que será deduzido da conta o valor das benfeitorias necessárias e úteis erguidas pelos possuidores. Consignará, ainda, que na hipótese do inadimplemento deverão ser observadas as regras processuais no tocante ao cumprimento de sentença;
- (iv) O quarto parágrafo esclarecerá que a aquisição é originária, sendo o título judicial hábil a demonstrar a propriedade, o que dispensa o registro imobiliário; e,
- (v) O quinto e último parágrafo garantirá ao hipossuficiente e a entidade sem fins lucrativos, que estiverem sob o pálio da assistência judiciária gratuita, a isenção das custas e emolumentos cartorários, caso optem por registrar o título judicial aquisitivo.

Em arremate, acreditamos que as alterações propostas irão contribuir sobremaneira na aplicabilidade e efetividade do instituto da *desapropriação privada por posse qualificada*, vez que a operabilidade inerente ao labor do magistrado será facilitada ante a elucidação dos diversos questionamentos doutrinários que, atualmente, impõe desconfiança ao instituto.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A ascensão do constitucionalismo mundial.** *In:* A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord). Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007.
- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária.** Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2002.
- ALEXANDRIA, Jessé de Andrade. **O juiz é um legislador?** *In:* Coletânea de direito e de fato, Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho (Org.). Mossoró: ESMARN, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva – Coleção teoria & direito público. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Constituição e codificação: primórdios do binômio.** *In:* A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro.** *In:* Direito civil no século XX, Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, André. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição.** *In:* A constitucionalização do direito: a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Lucas Abreu. **Hermenêutica e operabilidade do art. 1.228, §§4º e 5º do Código Civil.** *In:* Revista de direito privado, v. 6, n. 21, jan./mar. 2005. São Paulo: RT, 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brazil commentado, v. III.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito.** Barueri, SP: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri, SP: Manole, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CAENEGER, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão: Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMBI, Eduardo A. S. **Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil**. In: Revista trimestral de direito civil, ano 4, v. 16, out./dez., 2003, Rio de Janeiro: Padma, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: posse e direitos reais, v. V**. Curitiba: Juruá, 2003.

CASTRO, Mônica. **A desapropriação judicial no novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=486](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=486)>. Acesso em: 3 abr. 2011.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 2ª ed. Madrid: Trota, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **Função social da propriedade dos bens de produção**. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 63, jul./set., 1986, São Paulo: RT, 1986.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Abril, 1973.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Para além das coisas – Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo**. In: Diálogos sobre o direito civil, Carmen Lucia Silveira Ramos *et. al.* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR. Fredie. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. Salvador: Juspodvim, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **A constitucionalidade do art. 1.228, §§4º e 5º, da Lei n. 10.406/2002.** *In:* Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Código civil anotado.** 13ª ed. rev. aum. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva: 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas.** 21ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUGUIT, Léon. ***El derecho subjetivo y la función social.*** *In:* *Las transformaciones Del derecho (público y privado).* Tradução: Carlos Posada, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução: tradução Jussara Simões *et. al* – Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código.** *In:* O novo Código Civil e a Constituição, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** *In:* Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **A função social da posse e a propriedade contemporânea.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Direito Civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador.** *In:* Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio, Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiros (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **O futuro da codificação e o jurista do amanhã: idéias para um debate.** *In:* Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa do bicentenário Código Civil francês (1804-2004), Código de Napoleão, v. 7, n. 26, 2004. Rio de Janeiro: TJRJ, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil: à luz de novo Código Civil brasileiro.** 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: teoria geral.** 8ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Estatuto da Cidade e a função social da propriedade.** *In:* Revista dos tribunais, ano 97, vol. 867, jan. 2008, p. 52-69. São Paulo: RT, 2008.

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 “expropriação judicial”.** *In:* Revista de direito privado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.), n. 21, jan./mar. 2005. São Paulo: RT, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade.** 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

GALDINO, Flávio. **“O custo dos direitos”.** *In:* Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden; *et. al.* **Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 12: da propriedade, da superfície e das servidões,** Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIL, Antonio Hernandez. ***La posesión como institución jurídica y social.*** Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

\_\_\_\_\_. ***La posesión.*** Madrid: Civitas, 1980.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 20ª ed., rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Novas dimensões da propriedade privada.** *In:* Revista dos tribunais, n. 411, São Paulo: RT, 1970.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. **O Código bicentenário.** *In:* Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa do bicentenário Código Civil francês (1804-2004), Código de Napoleão, v. 7, n. 26, 2004. Rio de Janeiro: TJRJ, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 5: direito das coisas.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. **O novo Código Civil e o direito das coisas.** *In:* Revista dos Tribunais, v. 798, abril, 2002. São Paulo: RT, 2002.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Desapropriação judicial no Código Civil.** In: Revista dos tribunais, ano 94, v. 833, mar. 2005. São Paulo: RT, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural.** Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.** In: Revista dos tribunais, ano 97, v. 870, abr. 2008, p. 81-104. São Paulo: RT, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 5ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2000.

LEONETTI, Carlos Araújo. **Função social da propriedade.** In: Revista dos tribunais, n. 770. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, Frederico Henriques Viegas de. **Fonte e evolução da propriedade imobiliária. Das sesmarias aos dias atuais – Comentários ao acórdão no REsp 926.755/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 04/08/2009.** In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado, Ana Frazão e Gustavo Tepedino (Coord.). São Paulo: RT, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: obrigações.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito.** In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1ª ed., 4ª tiragem, José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: RT, 1998.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Leonardo. **Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas.** In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 5, n. 2, jul./dez. 2004, p. 89-127. São Paulo: EPM, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: RT, 1999.

MAURO, Roberta. **A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens.** In: Diálogos sobre Direito Civil, vol. II, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 3ª ed., São Paulo: RT, 1979.

MELLO, Henrique Ferraz de. **Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis**. In: Revista de direito imobiliário, ano 29, n. 61, jul./dez., São Paulo: RT, 2006.

MIRANDA, Jorge. **A declaração universal dos direitos do homem e a constituição**. Coimbra: Almedina, 2008.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse – Evolução histórica, v. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MOREIRA, Lenice Silveira. **Ciência jurídica e complexidade: reflexões sobre as mudanças epistemológicas necessárias à compreensão do direito no século XXI**. In: Revista da FARN – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, v. 5, n. 1/2, jan./dez., 2006. Natal: FARN, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 4: direito das coisas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NARBONDO, Rodrigo Trugillo Del Cueto. **Considerações acerca do instituo previsto no art. 1.228, §§4º e 5º, do Código Civil**, Ano XXXIII, n. 103, set., 2006, Porto Alegre: AJURIS, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. **O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do numerus clausus**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, José Roberto de Castro. **Justiça, segurança, bem comum e propriedade – uma breve introdução ao direito de propriedade e à sua função social**. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa do bicentenário Código Civil francês (1804-2004), Código de Napoleão, v. 7, n. 26, 2004. Rio de Janeiro: TJRJ, 2004.

\_\_\_\_\_. **Uma leitura do conceito de equidade nas relações de consumo**. In: A constitucionalização do direito: a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica, André Andrade (Org.). Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **A posse e a propriedade no novo Código Civil.** *In:* Revista forense, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Desapropriação para fins de reforma urbana.** *In:* Revista de informação legislativa, ano 39, v. 156, out./dez. 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. **Usucapião constitucional.** *In:* Revista dos tribunais, ano 88, v. 764, jun. 1999. São Paulo: RT, 1999.

NODARI, Paulo César. **A emergência do individualismo moderno no pensamento de John Locke** – Coleção Filosofia, n. 95. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Ações possessórias: enfoque sobre a cognição.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PEGARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história.** 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.** 2ª ed. rev. e atual, Barueri, SP: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Crítica ao anteprojeto de Código Civil.** *In:* Revista Forense, v. 242, abr./jun., 1973, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Código Civil anotado.** 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Tradução: Maria Cristina de Cicco, 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988.** *In:* Revista dos tribunais, ano 94, v. 833, mar. 2005, p. 41-53. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Prefácio.** *In:* NCC Brasileiro: Lei 10.406, de 10/01/2002, estudo comparativo com o CC/16, CF/88, legislação codificada e extravagante, Giselle de Melo Braga Tapai (Coord.). 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Variações 3.** 1ª ed. São Paulo: Migalhas/Fundação Nuce e Miguel Reale, 2010.

RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva.** *In:* Direito Civil – Direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (Coord.). São Paulo: Método, 2006.



SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado.** In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa dos 15 anos da Constituição da República Federativa do Brasil e homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, v. 6, n. 23, 2003. Rio de Janeiro: TJRJ, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2004.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). **Código Civil comentado.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares** – Coleção teoria & direito público. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Sylvio Capanema. **O Código napoleônico e sua influência no direito brasileiro.** In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – Edição comemorativa do bicentenário Código Civil francês (1804-2004), Código de Napoleão, v. 7, n. 26, 2004. Rio de Janeiro: TJRJ, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil.** In: A constitucionalização do direito: a constituição como *locus* da hermenêutica jurídica, André Andrade (Org.). Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002** – Coleção Prof. Rubens Limongi França, v. 2. São Paulo: Método, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil: volume único.** São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** In: Problemas do direito civil-constitucional (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **O direito civil e a legalidade constitucional.** In: Revista *Del Rey* jurídica, 13:23. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2004.

\_\_\_\_\_. **O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira.** In: Temas de direito civil, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

VARELA, Laura Beck. **A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica**. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Das propriedades à propriedade: construção de um direito**. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; LUDWIG, Marcos de Campos. **Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito**. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. 5: direitos reais**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA, Marco Aurélio S. **Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais, v. XVI**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIGO, Rodolfo. **Interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil**. In: A reconstrução do direito privado, Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: RT, 2002.

#### **Sítios:**

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. **Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros**. In: Revista de Direito do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), n. 32, jul./dez., 2009, p. 53-77. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1187/887>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do art. 1228 do Código Civil brasileiro**. *Jus navigandi*, Teresina, ano 10, n. 679, 15 mai. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6725>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Jus navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09 ago. 2010.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/15\\_direito\\_das\\_coisas.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/15_direito_das_coisas.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal, III Jornada de Direito Civil**, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal, IV Jornada de Direito Civil**, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.), v. 2. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, 1ª T., RE 160.222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/04/1995, DJ 1º/09/1995**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+160222.NUME.\)+OU+\(RE.ACMS.+ADJ2+160222.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+160222.NUME.)+OU+(RE.ACMS.+ADJ2+160222.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/04/1996, DJ 07/06/1996**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+158215.NUME.\)+OU+\(RE.ACMS.+ADJ2+158215.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+158215.NUME.)+OU+(RE.ACMS.+ADJ2+158215.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29/10/1996, DJ 19/12/1997**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+161243.NUME.\)+OU+\(RE.ACMS.+ADJ2+161243.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+161243.NUME.)+OU+(RE.ACMS.+ADJ2+161243.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE 201.819/RJ, Rel(a). Min(a). Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, DJ 27/10/2006**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+201819.NUME.\)+OU+\(RE.ACMS.+ADJ2+201819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+201819.NUME.)+OU+(RE.ACMS.+ADJ2+201819.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07/03/1991, voto do Min. Carlos Velloso, p. 165-173, DJ 25/06/1993**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rcl 3.437/PR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18/10/2007, DJe 02/05/2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%22fun%E7%E3o+socioal+da+posse%22&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Súmula da jurisprudência predominante**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_STF\\_1\\_a\\_736.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumula_STF_1_a_736.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 13ª CC, APCÍVEL n. 1.0251.07.022118-8/001, Des(a). Cláudia Maia, j. 19/03/2009, DJ 05/05/2009.** Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt\\_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=251&ano=7&txt_processo=22118&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=)>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Rondônia, 1ª CC, Ap. Cível n. 100.001.2006.018386-0, Rel. Des. Paulo Kiyochi Mori, j. 19/05/2009, DJ 19/05/2009.** Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/listaDocumentos.jsp>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Rondônia, 1ª CC, u., Ap. Cível n. 102.002.2004.004005-6, Rel. Des. Paulo Kiyochi Mori, j. 10/07/2007, DJ 10/07/2007.** Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/listaDocumentos.jsp>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Paraná, 18ª CC, ApCiv 167.064-2 - AC nº. 8297, Rel. Des. Roberto de Vicente, j. 20/02/2008, DJ 07.03.2008.** Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1648926/Ac%C3%B3-167064-2>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Paraná, 18ª CC, Processo nº 574120-4/01, Rel. Des. Ruy Muggiati, j. 03/03/2010, DJ 23/02/2010.** <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1648926/Ac%C3%B3-167064-2>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16ª CC, Ap. Cível n. 0005091-97.1996.8.19.0037 (2005.001.27287), Rel. Des. Celio Geraldo M. Ribeiro, j. 23/05/2006, DJ 04/07/2006.** Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/975306/funcao-social-posse.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 17ª CC, AgI nº 70006925556, Des. (a) Rel. (a) Elaine Harzheim Macedo, j. 23/09/2003, DJ 23/09/2003.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista.** Disponível em: <<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vkJC5-PEcfQJ:www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf+A+dignidade+da+pessoa+humana+no+direito+contempor%C3%A2neo&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsIbIxV5aS7WhxLcZnQPr2GeBH8doWGi9Y6-ZnwP0qiQf1AA7qCTv5sZD3XrG14OdMuj3vKHLOc50uzCCO5yghl7K63nh8dBKkaBC5v1QnAMat96zivvBRooBvHIZv0Pm7henc6Y&sig=AHIEtbT9SkMfhPtJWM644xCKsOpnc7DU Tg>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. **A propriedade relativizada por sua função social.** Disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/propriedade\\_funcao\\_social\\_luiz\\_fornerolli.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/propriedade_funcao_social_luiz_fornerolli.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2010.

HABA, Enrique P. **Precomprensiones, racionalidad y métodos, em las resoluciones judiciales.** In: Revista doxa, n. 22, 1999, p. 49-78. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10292/1/doxa22\\_02.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10292/1/doxa22_02.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2009.

LÉVAY, Emeric. **A codificação do direito civil brasileiro pelo jurista Teixeira de Freitas.** Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucha/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n3/doc/08-\\_EMERIC\\_LEVAY.PDF](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/08-_EMERIC_LEVAY.PDF)>. Acesso em: 15 jan. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** In: Revista de Informação Legislativa do Senado. Brasília-DF, ano 36, n. 141, jan-mar, 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/453/4/r141-08.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2009.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre Constituição, direito e processo.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7857&p=2>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

SOUZA, Flávia Raiane Soares de. **Desapropriação: o momento consumativo e o registro do imóvel expropriado.** Disponível em: <[www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina223.doc](http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina223.doc)>. Acesso em: 09 set. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras.** In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, ano 7, n. 28/29, jul./dez., 2008. Disponível em: <[www.esmpu.org.br](http://www.esmpu.org.br)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/6723>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

ZEBULUM, José Carlos. **Desapropriação judicial pela posse-trabalho.** Disponível em: <[http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/desapropriacao\\_judicial\(1\).pdf](http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/desapropriacao_judicial(1).pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2011.