UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
PROCESSO E DOGMÁTICA

RODRIGO FERREIRA SANTOS

A TUTELA DA POSSE DOS IMÓVEIS PÚBLICOS

RECIFE
2013

RODRIGO FERREIRA SANTOS

A TUTELA DA POSSE DOS IMÓVEIS PÚBLICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Processo e Dogmática, sob a orientação do professor Doutor Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

RECIFE

2013

A Américo Ferreira Santos (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Luise Carvalho, que sempre esteve do meu lado, sobretudo nas horas difíceis.

À minha mãe, Terezinha Cordeiro Diniz Santos, pelo exemplo dado ao longo de todos esses anos.

Registro também o meu agradecimentos aos meus irmãos, Kássio, Gustavo e Patrícia, pelo incentivo e pelas “broncas”.

Agradeço, ainda, ao professor Leonardo Carneiro da Cunha, pela orientação no trabalho e à professora Theresa Nóbrega, co-orientadora deste trabalho.

RESUMO

A posse dos bens públicos é tema que, embora de grande relevância, não tem sido analisado com o necessário cuidado pela doutrina e pelos tribunais do país. No presente estudo, parte-se de uma distinção essencial entre as diversas espécies de bens públicos, o que norteia a análise da posse e de suas consequências. A posse existirá sempre que houver poder fático sobre o bem e desde que não exista cláusula de pré-exclusão de jurisdicidade. Configurada a posse, avalia-se a eficácia da posse sobre aquele bem público, tendo em conta as características da posse e os sujeitos envolvidos. Existindo posse, suas consequências (efeitos jurídicos) variarão conforme a classe a que aquele bem público se enquadre, e essa circunstância afetará a tutela jurisdicional da posse. Não se pode conceber uma tutela possessória desgarrada do direito material que rege a situação a ser tutelada. No caso dos bens dominicas, é possível uma tutela completa da posse do particular, o que inexistirá no caso dos bens de uso especial.

Palavras-chave: 1. Posse. 2. Bens Públicos. 3. Tutela jurisdictional.

ABSTRACT

The ownership of public property is the subject that, although of great importance, has not been parsed with the necessary care by doctrine and national courts. This study start of an essential distinction between the various kinds of public buildings, that guides the analysis of possession and its consequences. Possession will exist whenever there is factual power over good, provided there is no pre delete warning clause of jurisdicidade. In a second step, evaluates the effectiveness of ownership over that property public, taking into account the characteristics of the possession and the subjects involved. Existing ownership, its consequences (legal effect) will vary according to the class to which that public good fits and this condition will affect the judicial protection of ownership. You can't conceive a wayward material law possessory supervision that governs the situation being addressed. In the case of dominicias, it is possible a full guardianship of private ownership, which inexistirá in the case of goods of special use.

Keywords: 1. Possessions. 2. Public Property. 3. Judicila Protectinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8

2 OS BENS PÚBLICOS 10
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 10
2.1.1. O Regime Jurídico Administrativo 12
2.1.2. O paradigma da Supremacia do Interesse Público e sua superação 13
2.2 AFETAÇÃO, DESAFETAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS PÚBLICOS 15
2.3 BENS DE USO COMUM, DE USO ESPECIAL E BENS DOMINICAIS 17
2.4 AS TERRAS INDÍGENAS E O SEU TRATAMENTO CONSTITUCIONAL 21
2.5 A UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES 22
2.6 NOTA CONCLUSIVA 24

3 ESTUDO TEÓRICO DA POSSE 26
3.1 GENERALIDADES 26
3.2 TEORIAS SOBRE A POSSE 26
3.3 A TEORIA DO FATO JURÍDICO 28
3.3.1 Plano da existência 29
3.3.2 A posse no plano da existência e sua classificação 29
3.3.3 Plano da eficácia 32
3.3.4 A posse no plano da eficácia 35
3.4 POSSE JUSTA E POSSE INJUSTA 36
3.5 POSSE DE BOA-FÉ E POSSE DE MÁ-FÉ 38
3.6 A DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO 40
3.7 NOTA CONCLUSIVA 41

4 A POSSE DOS BENS PÚBLICOS 42
4.1 GENERALIDADES 42
4.2 O PROBLEMA NA DOUTRINA NACIONAL 42
4.2.1 Bens públicos como objetos fora do comércio 43
4.2.2 A impossibilidade de usucapião de bens públicos 44
4.2.3 A influência do pensamento de ihering e seus equívocos 44
4.2.4 A doutrina administrativista e o socorro ao princípio da "Supremacia do Interesse Público" 45
4.3 A Posição dos tribunais 46
4.4 A Posse dos bens público no plano da existência 50
4.4.1 A legislação sobre bens públicos: mais "indícios" da existência da posse sobre bens públicos 52
4.4.2 Da possibilidade de cláusulas de pré-exclusão de juridicidade 53
4.4.3 Da posse de bens de uso comum e de uso especial 56
4.5 QUANTO À EFICÁCIA DA POSSE DE PARTICULARES E OS BENS PÚBLICOS 58
4.5.1 A concessão especial de uso para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220/2001) 60
4.5.2 Um sentido para o art. 231 da Constituição Federal 63
4.5.3 As benfeitorias realizadas pelo particular e a indenização 64
4.5.3.1 Reflexões sobre o art. 71 do decreto-lei 9.760/1946 65
4.5.3.2 A indenização das benfeitorias necessárias 67

4.5.3.3 A indenização das benfeitorias úteis e voluptuárias **68**
4.5.4 O direito de retenção **70**
4.5.6 A tutela possessória **71**
4.6 NOTA CONCLUSIVA **71**

5 A TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS **73**
5.1 INTRODUÇÃO **73**
5.2 A TUTELA DA POSSE: FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS **74**
5.3 Tutela material da posse e auto-executoriedade dos atos da administração **76**
5.3.1 Autoexecutoriedade, desforço imediato e autotutela **76**
5.4 Tutela jurisdicional da posse **81**
5.4.1 A função social da posse como pressuposto da tutela da posse e da propriedade **83**
5.4.2 Da necessidade de uma tutela adaptada às necessidades do direito material **86**
5.5 A tutela jurisdicional da posse da administração **89**
5.5.1 Ação de "força nova" movida pelo Poder Público – concessão da liminar nos termos do art. 928 ..... **90**
5.5.2 Ação de "força velha" movida pelo Poder Público e a concessão de antecipação de tutela – necessidade de adaptação do procedimento **91**
5.5.2.1 Bens de uso comum: **92**
5.5.2.2 Bens de uso especial e dominicais **93**
5.6 A TUTELA DA POSSE DO PARTICULAR **97**
5.6.1 A defesa da posse do particular no bojo da reivindicatória movida pelo Poder Público **99**
5.6.2 Ação possessória movida pelo particular e a concessão de liminar contra o Poder Público **100**
5.6.3 Uso indevido da autoexecutoriedade: "desapropriação indireta" da posse? **102**
5.6.4 Bens de uso comum **103**
5.7 NOTA CONCLUSIVA **103**

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS **105**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **107**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a tença de imóveis públicos por cidadãos, com ou sem o consentimento do ente proprietário do bem.

O Brasil mostra, no tema, algumas ironias: enquanto estampa em sua Constituição o direito à moradia como um dos direitos fundamentais, mantém uma boa parcela de sua população desabrigada. Enquanto isso, quem deveria garantir esse direito, o Estado, detém uma enorme quantidade de bens imóveis não utilizados.

O mesmo se passa na área agrícola. Enquanto falta terra para uns, o Estado deixa seus bens imóveis sem qualquer utilização.

A ideia de realizar a presente pesquisa surgiu no ano de 2010, quando atuei na Procuradoria do INCRA em Altamira, Pará.

Naquele período, ingressei com diversas ações possessórias ou reivindicatórias de áreas públicas, e o resultado quase sempre era o mesmo: o particular era retirado do imóvel sem direito a qualquer indenização.

Isso, no entanto, não deixou de me causar inquietação. Eu me fazia questionamentos acerca da justiça ou não daquela situação e, mais, acerca da posição pretoriana que considera como detenção a ocupação de um imóvel público sem a anuência do proprietário do bem. Daí, foram surgindo outras questões, como a dúvida a respeito de quais os imóveis públicos que estão sujeitos à posse do particular, entre outras, que o presente trabalho tentará esclarecer.

O trabalho foi dividido em quatro partes.

No primeiro capítulo, analisou-se o regime jurídico dos bens públicos e as características de cada um dos bens. Aqui, veremos o tratamento que o constituinte deu à matéria dos bens públicos.

No segundo capítulo, foi estudado o regime jurídico da posse. A partir da sua melhor compreensão é que poderemos encarar o tema da posse dos imóveis públicos. Estudaremos a posse, a detenção e a diferença entre elas.

No terceiro capítulo, à luz das informações colhidas nos capítulos anteriores, será tratada a tença dos bens públicos, com suas consequências e limites. Nele, é feito um panorama da atual doutrina e jurisprudência acerca do tema.

O quarto e último capítulo, à luz das conclusões colhidas ao longo do trabalho, tratou da tutela jurisdicional da posse dos bens públicos. Nele, é feita uma

reflexão sobre quais as as opções que socorrem o poder público quando seus bens estão sendo ocupados por terceiros, bem como as possibilidades de defesa da posse do particular.

2 OS BENS PÚBLICOS

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

É necessário, para uma melhor compreensão do tema, relembrar os já conhecidos conceitos de bens públicos.

De acordo com o Código Civil[1] "são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem".

Assim, tudo o que pertença às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) é bem público. Os demais bens são privados.

O conceito de bens públicos, como se vê, é amplo e pode abarcar bens radicalmente distintos. Diante disso, a doutrina procura fazer uma distinção entre os conceitos, de modo a separar o que é "bem público" e "domínio público".

Embora existam inúmeros estudos acerca dos bens públicos, ainda há na doutrina certa divergência quanto ao conceito de domínio público[2].

Os bens públicos são todos os objetos de direito que pertencem ao Estado. São, "as coisas materiais ou imateriais, assim como as prestações, pertencentes às pessoas jurídicas públicas"[3]. Já o conceito de *domínio público* abrange sobretudo as coisas corpóreas sobre as quais o Estado exerce o direito de propriedade e que servem a uma finalidade pública e que, por isso, estão sujeitos às normas do direito público[4].

Os demais bens, aqueles que não estão destinados a uma utilidade pública, são os chamados bens privados da Administração[5].

Os bens públicos – aqui tomados em sentido amplo – são classificados pela doutrina conforme graus de afetação[6] a uma finalidade pública[7].

---

1 Art. 98 do Código Civil

2 "A expressão *domínio público*, que se contrapõe à expressão *domínio privado*, conquanto simples na aparência, oferece extrema dificuldade para ser conceituada." (CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 805)

3 CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.19.

4 Ibid., p. 21

5 Ibid., p. 43.

Existem bens que, apesar de integrarem o patrimônio do Estado, não estão afetados a qualquer finalidade pública. São os chamados bens dominicais. São exemplos dessa espécie os terrenos de propriedade do poder público que não são utilizados.

Outros bens, ao contrário dos dominicais, estão afetados a alguma atividade pública. Ou seja, são utilizados pelo Estado no exercício de suas atividades. Esses são chamados de bens de uso especial. A afetação dos bens de uso especial ainda não é a maior possível.

Existem bens públicos cuja afetação (a uma finalidade pública) é máxima – como os bens de uso comum do povo. É a afetação que faz com que um bem público passe ao domínio público e que, aí sim, sofra uma maior incidência de um regime jurídico público[8].

Assim, é equivocada a ideia que concebe os bens públicos como dotados de homogeneidade. Cumpre notar que[9]:

> "os bens públicos, não obstante formem um bloco maciço, são constituídos, na realidade, de matizes diversos que se apresentam com contornos específicos que os situam em dois extremos opostos – os de uso comum e os do patrimônio privado, passando por um termo médio – os de uso especial ou do patrimônio indisponível (ou bens instrumentais)".

O que conduz um bem público a um extremo ou outro – do domínio público ao domíno privado da Administração – é, de regra, a afetação. Mas, é bom que fique claro, a afetação é requisito necessário, mas não suficiente para que um bem sofra uma maior incidência do regime jurídico público[10], pois, como se verá, existem bens afetados a um serviço público que compõem o patrimônio privado da Administração.

Assim, a expressão "domínio público" pode admitir três significados: a) em sentido amplo, abrangeria todos os bens públicos, ou; b) em sentido menos amplo,

---

[6] Alguns autores utilizam a palavra *consagração* para se referir à afetação e *desconsagração* para se referir à consagração. Ver: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 675.

[7] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Frense, 2012, p. 475.

[8] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Tecnos, 2002, v. II, p. 478.

[9] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público. Rio de Janeiro**: Forense, 1984, p. 11.

[10] FALLA, Fernando Garrido. Tratado de derecho administrativo. Volumen II. Madrid: Tecnos, 2002, p. 478.

tal como no direito francês, a excluir os bens dominicais, ou; c) em sentido restrito, como no direito italiano, a abranger somente os de uso comum do povo[11].

Assim, um bem dominical, conquanto seja um bem público, pode não integrar o conceito de domínio público, a depender do sentido de "domínio público" adotado.

2.1.1. O Regime Jurídico Administrativo

Costuma-se afirmar que os bens públicos se submetem ao regime jurídico administrativo. Mas, é de se questionar: quais as características desse regime? Ele existe mesmo?

O chamado regime jurídico administrativo é, segundo a doutrina, um sistema de princípios "*peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade*"[12]. Esse sistema, para Celso Antônio Bandeira de Mello, consagra dois princípios, quais sejam, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos[13].

O primeiro, para o autor, "*trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último*"[14].

Todavia, como veremos, esse princípio tem sofrido duras críticas pela doutrina moderna, podendo-se falar em sua completa superação nos dias atuais.

O segundo princípio é de aceitação inconteste. O problema é conseguir identificar o que, numa determinada situação, é de interesse público. Há, como se

---

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 519. Diz a autora: "A expressão domínio público é equívoca, no sentido de que admite vários significados. 1. Em sentido amplo, é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados e Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias). 2. em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial. 3. Em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao demaio do direito italiano; como não eram considerados, por alguns autores, como pertencentes ao poder público, dizia-se que estavam no domínio público; o seu titular seria, na realidade, o povo."

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

[13] Ibid., p. 45.

[14] Ibid., p. 58.

perceberá, uma falso antagonismo entre os interesses privados e o interesse público na medida em que este só será atendido, em alguns casos, a partir da satisfação daqueles[15].

2.1.2. O paradigma da Supremacia do Interesse Público e sua superação

Não é de hoje que se propaga como verdadeiro dogma do direito administrativo o que se convencionou chamar de princípio da supremacia do interesse público[16].

Essa distinção, conquanto tenha sido elaborada inicialmente em países que adotam o contencioso administrativo, tem sido adotada no Brasil, até mesmo em sede jurisprudencial[17].

Todavia, é de se perguntar: existirá realmente uma supremacia do interesse público? Em que situações? De que forma?

Antes de tudo, há uma dificuldade em se definir o que seria ou não o "*interesse público*". A doutrina tem se esmerado em traçar parâmetros, dividindo o interesse público em primário e secundário.

Somos da posição de que qualquer interesse somente pode ser classificado como público se coincidir com a realização de um mandamento constitucional. Esse fato, por si só, não justifica a supremacia desse interesse sobre o de um particular[18].

---

[15] Ibid., p. 49.

[16] A título de exemplo, vale conferir a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dela, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o privado.". Ob. Cit. p. 87.

[17] STJ acórdão: 09.09.1998 proc: MS num: 5.611 ano: 1998. Mandado de Segurança. Órgão Julgador 1ª Seção do STJ. Partes impetrante: Emtram Empresa de Transporte Macaubense Ltda. Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Fonte DJ data: 29.03.1999.

[18] Eis a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremaia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e interesses privados." [...] "Tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa

Cabe aqui, no intento de encontrar um significado para tal "princípio", fazer uma distinção entre princípios e regras, espécies de normas.

Para Dworkin, as normas são classificadas em princípios ou em regras. As regras contêm uma hipótese de incidência que, se verificada, gera uma consequência normativa[19]. O conflito entre regras resolve-se por meio do "tudo ou nada": a regra deve ser aceita ou será inválida. Os princípios contêm apenas fundamentos para a solução do caso concreto e possuem uma "dimensão de peso" que permite que, num dado caso, um tenha peso maior que o outro, sem que o princípio de peso menor perca sua validade.

Alexy, todavia, entende que o princípios são "mandamentos de otimização". Em primeiro lugar, deve-se considerar que norma não equivale ao texto. O texto (ou um conjunto de textos) é o objeto de interpretação, e o resultado dessa interpretação é a norma[20]. Isso, todavia, não implica a conclusão de que nunca existirá norma sem texto, tampouco texto sem norma[21].

Para Humberto Ávila[22], as regras contêm a descrição de um comportamento e indiretamente visam à consecução de um fim. Já os princípios visam à consecução de um fim e, indiretamente, indica *quem* deve atuar e *como* atuar para atingir aquele fim.

No caso de conflito entre regras e princípios, para Humberto Ávila[23], prevalecem as regras, deve-se recorrer aos postulados, que são normas metódicas que orientam a interpretação e aplicação das regras e dos princípios.

O suposto "princípio da supremacia do interesse público" não pode ser considerado um princípio porque lhe falta um fundamento de validade[24]. Não há

---

humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas". In: **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009 p 95.

19 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

20 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo:Malheiros, 2008. p. 86.

21 Humberto Ávila dá dois exemplos que bem ilustram o que é dito. No primeiro caso, cita o princípio da segurança jurídica, que não decorre de nenhum dispositivo. No segundo, cita trecho do preâmbulo da Constituição, que prevê "a proteção de Deus", do qual não decorre qualquer norma. (ÁVILA, Humberto.**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.)

22 Ibid., p. 180.

23 Ibid., p. 181.

24 ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Eletrônia sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp . Acesso em 11 de julho de 2012.

qualquer menção a ele na Constituição Federal. Nem se argumente que se trata de um princípio constitucional implícito, pois, a partir da análise sistemática da Constituição, não se obtém tal princípio. Ao contrário, a Constituição brasileira está repleta de direitos fundamentais do cidadão, que visam a proteger o indivíduo contra a ação estatal, o que fulmina qualquer ideia tendente a sustentar a existência de tal princípio. Se acaso houvesse uma supremacia do interesse público sobre o do particular, os direitos fundamentais se transformariam em pó diante da vontade do Estado de violá-los.

Tampouco se trata de postulado normativo, espécie normativa que se caracteriza por ser uma diretriz para a aplicação de outras normas, pois não pode ser descrito independentemente de uma situação concreta, nem pode ser descrito em oposição aos interesses privados[25].

Ao se cogitar a possibilidade de ponderar os interesses públicos diante dos privados (e vice-versa) diante de um determinado caso concreto poderia levar à conclusão precipitada de que a supremacia do interesse público estaria compreendida na categoria de princípio na visão de Dworking, o que se mostra equivocado. É que, nesses casos, o que se pondera é o próprio interesse público, e não supremacia do interesse público.

Dessa forma, no debate acerca da posse dos bens públicos qualquer menção que se faça a esse “princípio” deve ser rechaçada.

2.2 AFETAÇÃO, DESAFETAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS PÚBLICOS

Como se disse anteriormente, é equivocado conceber os bens públicos como um todo homogêneo, desconsiderando as características peculiares de cada espécie.

Os bens públicos podem ser classificados, levando-se em conta determinadas características de cada um deles.

Pode-se classificar os bens públicos conforme sua afetação ou não a uma finalidade pública.

A afetação e a desafetação podem ser: a) fática, ou; b) jurídica.

---

[25] Ibid.

A afetação fática se dá quando, por um simples fato, a Administração passa a dar um uso público ao bem, por exemplo, quando o Poder Público constrói, num terreno onde não havia nada, uma praça (bem de uso comum).

A afetação jurídica ocorre quando, por meio de um dispositivo legal ou constitucional, ou mesmo um ato jurídico (p. ex. um contrato de concessão) um determinado bem passa a vincular-se a uma finalidade pública. É o exemplo das terras tradicionalmente ocupadas por quilombolas, que, segundo Daniel Sarmento[26], a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 essas terras foram afetadas a uma finalidade pública, a de preservar usos e costumes daquela população.

A desafetação, ao contrário, ocorre quando um bem que antes tinha uma destinação pública perde essa característica. Pode se dar por lei, por um mero comportamento da Administração ou até mesmo pela ocorrência de fato jurídico *stricto sensu*[27], como no exemplo de um rio (bem de uso comum) que seca completamente, passando a ser, a partir daí, um bem dominical.

Segundo o Código Civil que são bens públicos a) "*os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças*", cujo uso pode ser gratuito ou remunerado (art. 99, inc. I c/c art. 103); b) "*os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias*" (art. 99, inc. II), e; c) "*os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades*" (art. 99, inc. III).

O regime jurídico dos bens públicos contempla características próprias, que são a sua inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e a não oneração[28].

Da leitura da Constituição, é possível identificar que os bens públicos, qualquer que seja a espécie, não estão sujeitos ao usucapião, sejam eles rurais (parágrafo único do art. 191) ou urbanos (§ 3º do art. 183).

---

[26] SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 02. Número 7. Jul-set de 2007. p. 358.

[27] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 475

[28] GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 678.

Em alguns dispositivos (arts. 20 e 26), descreve alguns bens como públicos, ora atribuindo sua titularidade à União, ora atribuindo-a aos Estados.

Todavia, a Carta da República não enquadra os bens públicos em categorias. Exceção à regra é o art. 225, que encaixa o meio ambiente ecologicamente equilibrado na categoria dos bens de uso comum do povo.

No que tange à inalienabilidade, dispõe o Código Civil, diante da maior afetação à finalidade pública, que "*os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*" (art. 100), enquanto "*os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei*" (art. 101). Como se vê, a inalienabilidade é apenas relativa, porque só subsiste enquanto o bem está afetado a uma finalidade pública.

Impenhorabilidade é a impossibilidade de sofrer constrição judicial. É que as dívidas dos entes públicos devem ser pagas na forma do art. 100 da Constituição da República, não havendo motivo para a penhora dos bens estatais. A impenhorabilidade é aplicável a todos os bens públicos, indistintamente.

O que se nota é que não há um regime jurídico administrativo uniformemente aplicável aos bens públicos. Em relação aos bens dominicais, percebe-se um maior afastamento desse regime jurídico de direito público. Já os bens de uso comum são os que sofrem uma maior incidência desse regime.

Quanto aos bens de uso especial, a questão é mais complexa. Mesmo sem defini-los, a Constituição da República traz outros dispositivos acerca de tal categoria de bens.

2.3 BENS DE USO COMUM, DE USO ESPECIAL E BENS DOMINICAIS

Dispõe o Código Civil que são bens públicos a) "*os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças*", cujo uso pode ser gratuito ou remunerado (art. 99, inc. I c/c art. 103). Classifica-se, ainda, nessa classe de bens, o mar territorial.[29]

---

[29] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 849.

Os romanos já classificavam determinados bens como de uso comum e que, por isso, podiam ser utilizados por qualquer pessoa do povo, independentemente de autorização ou permissão para tanto.[30]

Isso não quer dizer, contudo, que o particular possa utilizá-lo da forma que bem entender. É necessário atender às condições gerais de sua utilização como, por exemplo, trafegar nas vias públicas obedecendo à legislação do trânsito etc.

Tais bens são aqueles cujo uso é aberto ao público em geral[31] e, justamente por ser de uso geral, "nenhum utente pode excluir outro em virtude da paridade de situações entre todos"[32].

Assim, não se exige nenhuma característica ou requisito específico para sua utilização comum, pois a utilização se dá em virtude da condição humana[33].

O uso desse tipo de bem pode se dar de duas formas. A forma ordinária[34] é aquela em que o bem é utilizado na intensidade normal para a qual foi destinado (ex. caminhar na rua, passear pelo parque).

Já o uso extraordinário é aquele no qual o bem é utilizado de forma mais intensa, em condições incomuns (passeata, armação de palanque em uma praça etc). Nesses casos, será necessária a concordância da Administração[35]. Por se tratar de forma extraordinária de utilização, apenas nas estritas situações permitidas pela regra de direito é que se admite o uso privativo de particulares.

Aqui, há uma regra implícita no ordenamento que reserva o uso desses bens ao Poder Público e, excepcionalmente, atendidas determinadas condições, aos particulares.

O Estado exerce, nesses bens, a chamada *polícia do uso de todos*, para assegurar que um utente não cause transtornos à utilização do bem por outras pessoas[36]. Há, como se sabe, a possibilidade de o Estado limitar o acesso a tais bens com o fito de proteger o meio ambiente, a saúde ou outros bens jurídicos relevantes.

---

[30] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56.

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009. P. 358

[32] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56.

[33] Ibid., p. 57.

[34] A nomenclatura varia. Enquanto Celso Antônio (p. 857 e 858) fala em utilização comum ou especial, ARAGÃO (479), apoiado na lição de Marcelo Caetano, fala em uso ordinário e extraordinário.

[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 858.

[36] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 57.

O Código Civil, conceitua os bens de uso especial como os "*edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias*"(art. 99, inc. II). São exemplos desses bens "teatros, museu, campo de futebol, mercados públicos e centros de abastecimento"[37].

Cretella Jr[38] observa, todavia, que, enquanto no Brasil se considera como bem de uso especial aquele destinado ao uso pela Administração em suas atividades cotidianas, na maioria dos países, bens de uso especial são aqueles utilizados por pessoas específicas, não anônimas, de acordo com as disposições de um dado sistema jurídico.

Assim, a expressão "uso especial" tem um sentido contraposto ao de "uso geral", a indicar bens que têm o seu uso restrito, "*de modo a atender à execução ou apoio de atividades públicas, incluídos os serviços públicos de execução transferida*"[39].

Aqui, as condições de utilização são mais rigorosas e, em muitos casos, depende de autorização do Poder Público ou mesmo de uma contraprestação pecuniária (p. ex. pedágio). Ao contrário do que se passa com os bens de uso comum, a utilização dos bens de uso especial é condicionada ao preenchimento de determinados requisitos[40].

Tais bens não diferem, em si mesmo, dos bens de uso comum. A diferença se dá somente quanto ao modo de utilização em que, em vez de ser utilizado pelo povo (usuário não identificado), é utilizado por um indivíduo.

Assim, uma rua, que por natureza é um bem de uso comum, pode ter um uso especial para o estacionamento de veículos (como nas regiões de zona azul). Logo, percebe-se que há um regime jurídico um tanto mais rígido para essa classe de bens, em que as possibilidades de uso e acesso são mais restritas.

---

[37] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 861.

[38] CRETELLA JR, José. Tratado do domínio público. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 123.

[39] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009. Pag. 387

[40] "Escolas, hospitais, prédios de repartições públicas, quartéis etc . Ao contrário das estradas pedagiadas, que todos podem usar (e por isso, ao nosso ver, continuam sendo bens de uso comum) as escolas públicas, por exemplo, só podem ser usadas pelas crianças que nelas estiverem matriculadas". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 476)

Já os bens dominicais "*constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades*" (art. 99, inc. III). Entram nessa categoria as terras devolutas[41] e os terrenos de marinha[42].

Tais bens não são afetados a qualquer finalidade pública. Como bem observa Alexandre Aragão[43], "podem servir apenas para auferir renda (interesse público secundário) ou estarem aguardando para serem utilizados em alguma finalidade pública futura, com o que perderiam essa classificação como dominial".

Existe na doutrina grande controvérsia no que tange à aplicação do regime público a essa classe de bens.

Di Pietro[44] entende que tais bens estão submetidos ao regime privado, derrogado parcialmente pelo regime público. Para a autora:

> está superada a tese que atribuía aos bens dominicais uma função puramente patrimonial. Essa função permanece e pode até constituir importante fonte de recursos para o erário público. No entanto, não há dúvida de que aos bens dominicais pode e deve ser dada finalidade pública, seja para aplicação do princípio da função social da propriedade, seja para a observância do princípio da função social da cidade[45].

Tal entendimento – o de que aos bens dominicais se aplica o regime privado – não é tão incomum.

No Brasil, Cretella Jr[46], em clássica obra, na esteira de autores estrangeiros, já classificava tais bens como privados do estado, aos quais não se aplicaria sequer a imprescritibilidade – característica dos bens de domínio púbico.

No Direito argentino, costuma-se classificar a propriedade estatal em domínio público e domínio privado do Estado . Dentre os bens classificados no domínio privado pelo art. 2.342 do Código Civil daquele país estão os que "*no están afectados a un fin de utilidad pública, a un servicio público*"[47]. Roberto Dromi[48]

---

[41] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 580.
[42] Ibid., p. 583.
[43] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, P. 477.
[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista de Direito do Estado**. Salvador. 2006, p. 5.
[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista de Direito do Estado**. Salvador. 2006. p. 11.
[46] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 136.
[47] DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 12 ed . Buenos Aires: Ciudad Argentina., 2012. p. 845.
[48] Ibid., p. 851.

destaca, inclusive, que essa espécie de bens não goza da imprescritibilidade, comum aos bens públicos naquele país.

Em França, igualmente se concebe tal classe de bens como sendo bens de domínio privado do Estado, aos quais se aplica o regime jurídico do direito privado[49].

No Brasil, embora não existam dispositivos legais que permitam concluir que se aplica integralmente o regime de direito privado, é possível ao menos dizer que o regime jurídico de tais bens se aproxima mais do privado do que do regime – esrte aplicável aos bens de uso especial.

2.4 AS TERRAS INDÍGENAS E O SEU TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

Merece destaque a análise de um bem público em especial: as terras indígenas. Tais bens pertencem à União (art. 20, XI da Constituição Federal de 1988).

A doutrina majoritária enquadra-as entre os bens públicos de uso especial[50], categoria que, como dissemos, engloba os que têm uma afetação a uma finalidade pública. Oportuno registrar que "essas terras destinam-se à posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" [51].

No tratamento desse peculiar bem de uso especial, a Constituição[52] dispõe que "são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras" indígenas. No mesmo dispositivo, contudo, o texto constitucional explicita que, em virtude de tal "nulidade" ou "extinção", os ocupantes desses imóveis não têm "direito a indenização ou a

---

[49] AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre. **Droit administratif des biens: domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utulité publique.** 3.ed. Paris: Dalloz, 1995. p. 164.

[50] Essa é a posição de Gasparini (p. 741). DI PIETRO sustenta que: As terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 99, II, do CC, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231,permite incluí-las nessa categoria de bens".

[51] CARVALHO, Edson Ferreira de. A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37936>. Acesso em: 24 fevereiro 2012

[52] Art. 231 [...] § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé".

Ou seja, os atos que conferiram aos particulares algum título de posse ou mesmo domínio foram nulificados pela Constituição. Todavia, embora nulo, tais atos produziram alguns efeitos, como a indenização das benfeitorias dos ocupantes de boa-fé.

O que resta da leitura do dispositivo é o seguinte: as benfeitorias realizadas pelos ocupantes de boa-fé serão indenizadas na forma da lei. A lei a que se refere é o Código Civil, que estabelece tratamento diferenciado para cada tipo de benfeitoria (necessária, útil e voluptuária).

Merece destaque o fato de o constituinte, explicitamente, atribuir efeitos jurídicos às situações de posse sobre bens públicos.

Aliás, ao tempo em que a Constituição da República trouxe a função social da propriedade como um dever, é de se esperar, que os imóveis públicos tenham uma função social[53].

2.5 A UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

Os bens públicos, em algumas situações, podem sofrer utilização privativa por particulares.

A doutrina coloca como um dos requisitos para essa utilização privativa a existência de um título jurídico autorizador expedido pela Administração Pública, sob pena de se considerar a atitude do particular uma infração administrativa[54]. Esse posicionamento deve ser visto com reservas, pois atualmente a legislação de bens da União admite várias formas de regularização da posse do particular, as quais serão vistas nos capítulos seguintes.

A autorização de uso é uma dessas formas. Trata-se de "ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a administração consente na utilização

---

[53] Existe grande polêmica acerca da necessidade de a propriedade pública ter uma função social. Registre-se a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem "a idéia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública" in: Função Social da Propriedade Pública. Revista de Direito do Estado. Salvador.

[54] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 483.

exclusiva de bem público no interesse predominante do particular”[55]. Exemplos: a utilização de um terreno municipal para instalação de circo, ou, ainda, a instalação de bancas de jornal[56].

A permissão de uso é classicamente descrita como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração permite a utilização privativa de um bem público para fim de interesse público (exposição de arte, p. ex.).

A concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração permite a utilização privativa de um bem público por um particular para uma destinação específica, relacionada a uma atividade de utilidade pública e, geralmente, de grande vulto financeiro.

Outro instrumento, presente na legislação, que trata dos bens da União, é o da permissão de uso, disciplinada pela Lei 9.636/1998, que assim dispõe:

> Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.
> § 1º A competência para autorizar a permissão de uso de que trata este artigo poderá ser delegada aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados.
> § 2º Em áreas específicas, devidamente identificadas, a competência para autorizar a permissão de uso poderá ser repassada aos Estados e Municípios, devendo, para tal fim, as áreas envolvidas lhes serem cedidas sob o regime de cessão de uso, na forma do art. 18.

Segundo Alexandre Santos Aragão[57], o que origina a permissão de uso é o interesse da coletividade. Esse traço, aliás, é o que a diferencia da autorização de uso, na qual o interesse particular predomina.

A concessão de direito real de uso está prevista no Decreto-lei 271/1967 e, ainda, no §1º do art. 18 da Lei 9.636/1998.

Já a cessão de uso é a transferência gratuita da posse de um bem público (art. 64 do Decreto-lei nº 9.760/1946.

Da mesma forma, os bens de uso especial podem ser utilizados privativamente por particulares, como um aeroporto, por exemplo. O Poder Público

---

[55] Ibid., p. 487

[56] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009. Pag.. 392.

[57] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 485

pode, através da concessão de uso de bem público, de caráter contratual, transferir o uso daquele bem a um particular, disciplinado pelo Decreto-Lei 271/1967[58].

Bens dominicais, igualmente, também podem ser utilizados privativamente por particulares, como no caso de bens públicos não utilizados que são transferidos a entidades do terceiro setor através de contratos de gestão ou termos de parceria[59].

2.6 NOTA CONCLUSIVA

A afetação é a destinação de um bem público a uma finalidade pública.

Os bens públicos estão classificados conforme graus de afetação e utilização do bem em bens de uso comum, de uso especial e dominicais. Quanto maior a afetação, menor incidência do regime jurídico tal bem sofrerá.

Todos os bens públicos são passíveis de uso privativo por particular. Em alguns casos, como no dos bens de uso comum, exige-se a coincidência de um interesse da coletividade. Noutros casos, todavia, a utilização pode dar-se tendo em vista um interesse predominantemente privado.

Os bens de uso comum devem ser utilizados pela coletividade. O uso privativo é exceção à regra e, por isso, só pode se dar nas estritas hipóteses previstas em lei (por meio de ato ou negócio jurídico).

Bens de uso especial são aqueles que, ao contrário dos de uso comum, podem ser utilizados por indivíduos identificados, ou seja, são passíveis de utilização privativa por particulares. Nessa classe de bens, inclusive, a Constituição (art. 231,§ 6º da Constituição Federal de 1988) atribui efeitos à posse dos particulares mesmo nos casos de nulidade de título.

Os bens dominicais, por não estarem afetados a qualquer finalidade pública, têm um regime jurídico de direito privado, temperado por normas do Direito Administrativo. Os demais bens têm seu regramento mais próximo do direito público.

---

[58] Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

[59] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009. Pag. 395.

É possível a utilização privativa de bens públicos por particulares, seja o bem de qualquer classe.

A Constituição Federal reconhece ao possuidor de boa-fé de terra indígena o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias.

Assim, a afirmação de que aos imóveis públicos “aplica-se o regime jurídico de direito público” é equivocada, por não existir um regime jurídico de direito público aplicável a todas as espécies de bens.

Não existe em nosso direito um “princípio” da supremacia do interesse público, o que deve afastar do debate sobre a posse (ou detenção) de bens públicos por particulares qualquer menção a esse suposto “princípio”.

3 ESTUDO TEÓRICO DA POSSE

3.1 GENERALIDADES

Para melhor compreender as relações decorrentes do uso dos imóveis públicos, faz-se necessário analisar os conceitos de posse.

Quando se estuda a tutela da posse dos bens públicos, antes de tudo, é importante compreender o conceito de posse para que, a partir daí, se possa compreender os seus desdobramentos.

3.2 TEORIAS SOBRE A POSSE

O conceito de posse é dos mais complexos no Direito Civil, sem que até hoje haja consenso entre os autores.

Duas teorias clássicas sobre a posse, de Savigny e de Ihering, expuseram a posse tal como se apresentava no direito romano, ou seja, como elaborada pelos jurisconsultos da época[60]. Dessa forma, em nossa opinião, servem como roteiro ao estudioso do tema mas não podem levar a qualquer conclusão sem que examine o ordenamento aplicável a cada problema que se apresenta.

A teoria de Savigny é denominada de teoria subjetiva, enquanto a de Ihering é conhecida como a teoria objetiva da posse.

Filiamo-nos à posição de Moreira Alves[61], para quem, na teoria subjetiva de Savigny, na qual a posse se constituía de *animus* e *corpus*, o *corpus* não é o contato material com a coisa, mas apenas a "possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa e de defendê-la das agressões de terceiros", enquanto o *animus*, ou melhor, o *animus domini*, seria "a intenção de ter a coisa como se fosse proprietário dela", em nada se confundindo com a *opinio domini*, que seria "a crença de ser realmente o proprietário da coisa possuída".

Para Ihering, a posse seria a exteriorização da propriedade, embora pudesse proteger o não proprietário. Assim, o *corpus* seria "a relação de fato entre a

---

[60] ALVES, José Carlos Moreira. Posse. Evolução Histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 208-209.

[61] Ibid., p. 212.

pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica" [62], ou seja, o que importa é o comportamento do possuidor, igual ao que teria o proprietário. Aqui não existe a necessidade de *animus domini*.

O Código Civil brasileiro dispõe que: "Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

O Código brasileiro adotou a teoria de Ihering, afastando o *animus* como requisito da posse.

Para Arnoldo Wald[63], "constitui, pois, a posse uma situação de fato, na qual alguém mantém determinada coisa sob sua guarda e para o seu uso ou gozo, tendo ou não a intenção de considerá-la como de sua propriedade". Essa posição, como se vê, ressalta a existência da intenção de dono por parte do possuidor.

Já Caio Mário[64], sem dar um conceito específico, entende que "a tendência da doutrina como dos modernos códigos é considerá-la um direito".

Para António Menezes Cordeiro[65], filiando-se à teoria de Savigny, a posse tanto pode ser um fato como um direito, sendo o controle material de uma coisa por uma pessoal, situação à qual o direito atribui efeitos jurídicos.

Para Serpa Lopes, a posse é um direito[66].

Washington de Barros Monteiro[67], adotando a teoria de Savigny, considera a posse um direito.

No direito germânico, a posse é uma simples relação de fato[68].

Pontes de Miranda[69], em oposição aos demais autores, enuncia categoricamente que "posse não é direito". Para o autor, "posse é a relação fática entre a pessoa que possui e o *alter*, a comunidade". Tal visão está calcada na teoria do fato jurídico.

---

[62] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. Evolução Histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 222-223.

[63] WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** Direito das Coisas. 12.ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v.4, p. 32.

[64] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. v.4, p. 27.

[65] CORDEIRO, António Menezes. **A Posse**: perspectivas dogmáticas actuais. 4ª ed. Lisboa: Almedina. 2000. p. 163.

[66] LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996. v. VI, p. 103.

[67] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. **Direito das Coisas**. 37.ed. Atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 16.

[68] LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996, v. VI, p. 102.

[69] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 5.

Acreditamos que a posse é um fato, a partir do qual podem ou não irradiar efeitos jurídicos. Dissemos que é simples fato porque, como se verá, em algumas situações ele será fato jurídico, enquanto noutras, não.

3.3 A TEORIA DO FATO JURÍDICO

No estudo da posse, essencial se faz a análise do problema sob o ponto de vista da teoria do fato jurídico. Essa teoria divide o fenômeno jurídico em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Além disso, cuida de encaixar os fatos jurídicos em categorias de modo a melhor compreendê-los.

Pelo prisma da teoria do fato jurídico, existem fatos que interessam ao direito e outros que não interessam. Os fatos sem qualquer interesse para o direito são chamados de *fatos naturais*. Aqueles fatos da vida do homem que têm interesse para o direito são os *fatos jurídicos*.

A norma jurídica atua sobre certos fatos para atribuir-lhes efeitos jurídicos. Toda norma contém a descrição de um *suporte fático*, o qual incidirá sobre uma situação da vida e fará nascer o *fato jurídico*. A norma contém, ainda, a prescrição de efeitos jurídicos ao fato[70].

O suporte fático – conceito do mundo fático, e não do mundo jurídico - refere-se a "algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica"[71]. Enquanto enunciado lógico de uma hipótese que pode ou não ocorrer, é chamado de suporte fático hipotético ou abstrato. Ao oposto, quando o fato previsto já houver se materializado no mundo, será chamado de suporte fático concreto[72].

Preceito é a parte da norma jurídica que contém os efeitos jurídicos ao fato jurídico[73].

Os efeitos jurídicos de um fato jurídico estão dentro da liberdade de regramento de um dado povo, mas, segundo Marcos Bernardes de Mello, encontra limites nos valores culturais da comunidade e na própria natureza das coisas[74].

---

[70] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 16.ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 20.
[71] Ibid., p. 43.
[72] Ibid., p.. 44.
[73] Ibid., p. 72-73
[74] Ibid., p. 73

Assim como acontece com o suporte fático, pode ser considerado num sentido abstrato, ou seja, como definido pela norma jurídica; ou, num sentido concreto, quando efetivado[75].

O que separa um fato da vida de um fato jurídico é incidência da norma jurídica. Em outras palavras: é a incidência da norma que transforme em fato jurídico aquele fato da vida que integra o seu suporte fático. É a incidência da norma que erige um simples fato à condição de fato jurídico[76].

A partir dessa diferenciação entre o mundo fático e o mundo jurídico é que se deve observar o fenômeno da posse.

3.3.1 Plano da Existência

Como se disse, a vida é composta de fatos que são aquilo que ocorreu, ocorre ou que ainda vai ocorrer. Mas, vários desses fatos não têm qualquer interesse para o direito, ou seja, pertencem ao mundo não jurídico[77].

Para que os fatos ingressem no mundo jurídico é necessário, antes de tudo, que seja elaborada uma regra de direito (fato político) que, ocorrendo os fatos (no mundo dos fatos) que fazem parte de seu suporte fático, incidirá[78]. A partir da incidência é que resulta um fato jurídico.

No plano da existência, o que era um fato do mundo passa a ser um fato jurídico, do mundo jurídico. Aqui, não se cogita de invalidade ou ineficácia. Aqui importa saber se o fato jurídico existe, porque o suporte fático foi composto suficientemente, ou não, pela insuficiência do suporte fático.

3.3.2 A posse no plano da existência e sua classificação

Como bem salientou Pontes de Miranda[79], “posse não é direito”. Para ele, a posse é uma relação fática entre a pessoa e o *alter*. Assim, posse é, antes de tudo, uma relação inter-humana.

---

[75] Ibid., p. 74
[76] Ibid., p. 68
[77] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970. Tomo I, p. 3.
[78] Ibid., p. 4.
[79] Ibid., p. 5.

No mundo fático, posse é a "*possibilidade concreta de exercitar algum poder inerente ao domínio ou à propriedade*". Ao contrário do que pensam alguns, não se trata de um poder inerente à propriedade[80].

Mas, cumpre observar que a posse só entraria no mundo jurídico quando houvesse ofensa ao princípio *quieta non movere*[81] (o que está quieto não se mova) . Tal princípio, para Pontes de Miranda, era um princípio que regia a própria vida em sociedade, antes até de se tornar um princípio jurídico.

Se uma pessoa toma posse de um imóvel sem qualquer oposição, a posse ainda está no mundo dos fatos. No entanto, se alguém vem a opor-se, esbulhando ou turbando aquela posse, aí sim, ela entrará no mundo jurídico[82].

Assim, se as relações de fato devem manter-se conservadas, a ofensa praticada por uma pessoa contra a situação fática de outra conduz à necessidade de proteção. Esse princípio é que faz o fato jurídico da posse merecer proteção. A proteção do direito é para que o *status quo* do possuidor não seja alterado.

Os fatos jurídicos *lato sensu* são distribuídos em várias categorias. Ao nosso estudo, interessa, inicialmente, enquadrar a posse numa dessas categorias: o fato jurídico *stricto sensu* e o ato-fato jurídico.

Fato jurídico *stricto sensu*, para Marcos Bernardes de Mello, é o "fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial"[83]. Exemplifica o autor com o nascimento, a morte, a produção de frutos etc.

O *ato-fato* tem no seu suporte fático uma situação de fato que somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana[84]. Uma subespécie de ato-fato é a dos atos reais, que são atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas, as quais são relevantes para o direito. Geralmente, a conduta humana em si não tem qualquer importância. Entre os exemplos de ato-fato está a ocupação[85].

É precisamente entre essas duas categorias que situaremos a posse. Como se disse, a posse é só um fato. Mas, é importante notar que quase sempre a posse

---

[80] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 7
[81] Ibid.
[82] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X. p.5.
[83] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 16ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P 133.
[84] Ibid., p. 136.
[85] Ibid., p. 137.

é resultante de uma ação humana. Por essa razão, entende-se que "há o ato-fato da aquisição e o fato jurídico *stricto sensu* da posse"[86].

Diante dessas peculiaridades é que Pontes de Miranda define a posse como um fato jurídico s*tricto sensu*[87]*,* mas deixa aberta a porta para que, em alguns casos, seja considerada ato-fato[88].

A invocação da posse pelo possuidor ou por outrem é que dá entrada no sistema jurídico a atos em que haja referência à posse[89].

O Código Civil conceitua posse como o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade[90]. Os poderes inerentes à propriedade são o de usar (*jus utendi*), fruir economicamente da coisa (*jus fruendi*) e o de dispor (*jus abutendi*). Merece destaque o fato de o Código exigir o exercício de apenas um deles para a configuração da posse.

A posse se juridiciza quando ocorre algum ato que ofende uma situação de fato ou uma investida da esfera jurídica de outrem (ato ilícito), o que reclama a tutela jurídica da posse. Assim, ao contrário de outros fatos jurídicos, a juridicização não é simultânea à sua ocorrência [91].

Essa ofensa ao princípio do *quieta non movere* pode desencadear os efeitos mais diversos, pois, segundo Marcos Bernades de Mello[92]:

> "um mesmo fato pode entrar no mundo jurídico, compondo n suportes fáticos, simultaneamente ou não. A posse de Cesar sobre o imóvel i, por exemplo, pode ser suporte fático da (a) usucapião, (b) de interditos possessórios, (c) da tradição a Caio, e. g.".

O suporte fático das posses permite que tanto o proprietário como outra pessoa que exerça poder fático no domínio, ainda que sem ser dono, como o ladrão, o usufrutuário, o usuário, sejam possuidores[93].

---

[86] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 40.
[87] Ibid., p. 76
[88] Ibid., p. 13.
[89] Ibid., p. 14
[90] Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.
[91] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 17 e p. 18
[92] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 21.
[93] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 40 e p. 18.

3.3.3 Plano da eficácia

Uma vez existente – no caso dos fatos jurídicos stricto sensu – ou não apresentando invalidades – no caso dos atos jurídicos e negócios jurídicos – ou, ainda que apresente alguma invalidade mas o ordenamento lhe atribua certos efeitos[94], o fato jurídico ingressa no plano da eficácia.

A eficácia jurídica é a razão de ser do fato jurídico. A eficácia depende da aplicação da norma pelo jurista, materializando as consequências previstas na realidade social[95].

É a partir dessa ideia que desenvolveremos o nosso trabalho.

A partir da entrada no mundo jurídico do fato jurídico da posse, surgem diversos efeitos.

Pela teoria do fato jurídico, os efeitos decorrentes do fato jurídico são denominados de categorias eficaciais[96]. São categorias eficaciais[97]:

i) situações jurídicas
i.a) básicas
i.b) simples ou unissubjetivas
i.c) complexas ou intersubjetivas
i.c.a) unilaterais
i.c.b) multilaterais
ii) sanções
iii) premiações
iv) ônus

A eficácia dos fatos jurídicos, quanto à amplitude, pode ser total ou parcial.

Eficácia total é quando todos os efeitos jurídicos de um dado fato jurídico se realizam, de uma só vez ou sucessivamente[98]. Ou seja, quando todos os efeitos se verificarem. Em oposto, a eficácia será parcial quando alguns dos efeitos ainda não tiverem se realizado, ainda que venham a se realizar depois (quando, então, se falará em eficácia total)[99].

A classificação da eficácia em plena e limitada, por sua vez, tem por pressuposto a possibilidade de exercício dos direitos, ações e pretensões que

---

94 A exemplo do casamento putativo.
95 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 37.
96 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 43
97 Ibid., p. 44.
98 Ibid., p. 52.
99 Ibid., p. 53.

compuserem o conteúdo eficácial da relação jurídica de modo definitivo ou temporário[100]. Será plena a eficácia "*quando o titular da* posição *ativa na relação jurídica puder exercer todos os poderes e faculdades inerentes à sua esfera jurídica de modo definitivo, sem limitações ou restrições materiais ou temporais*"[101]. Ao revés, será limitada "*se o titular da posição ativa não tiver a possibilidade de exercer em toda a sua plenitude tais poderes e faculdades que enchem os direitos, pretensões, ações e exceções, ou houver intermisticidade*"[102].

Há, ainda, a possibilidade de ocorrer ineficácia jurídica. Nessa categoria eficacial, "há circunstâncias que podem leva-lo a não poder realizar sua função, privando-o da possibilidade de ser eficaz, permanente ou temporariamente. Nessas situações, há ineficácia do fato jurídico"[103].

Existe ineficácia em sentido amplo, quando o fato jurídico não produz efeitos, ou ainda não produziu, em virtude de alguma circunstância específica (nulidade, anulabilidade etc) ou de algo inerente ao próprio fato jurídico, e a ineficácia em sentido estrito se mostra quando a eficácia própria e final ainda não se irradiou (em virtude de condição suspensiva etc.) ou, se já produzida, foi excluída do mundo jurídico[104].

A ineficácia pode ser, ainda, total ou parcial.

Ineficácia total é aquela que "priva o ato jurídico de toda sua eficácia própria, específica e final; não somente em parte, nem apenas em relação a certas pessoas"[105]. Aqui "não importa se o ato ineficaz pode produzir outros efeitos que não sejam aquele relativos a seu fim, mesmo porque não há ato absolutamente ineficaz"[106].

Ineficácia parcial é quando o fato jurídico, apesar de não produzir seus efeitos finais, produz outros efeitos que lhe são próprios. Geralmente isso ocorre em virtude da falta de concreção de elemento integrativo do suporte fático[107].

---

[100] Ibid., p. 59.
[101] Ibid., p. 59.
[102] Ibid., p. 59.
[103] Ibid., p. 75.
[104] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 45.
[105] Ibid., p. 77.
[106] Ibid., p.. 78.
[107] Ibid., p. 78 e 79.

Por fim, a ineficácia pode ser relativa ou absoluta. Ineficácia relativa ocorre quando ”os efeitos do fato jurídico não se produzem em relação a algum, ou alguns sujeitos de direito, mas se irradiam em relação a outros”[108].

Como leciona Marcos Bernardes de Mello[109], a razão de ser de todo fato jurídico é a produção de efeitos no mundo jurídico, sendo inútil o fato jurídico que não tenha como destino a eficácia jurídica. Para o autor não há fato jurídico completamente ineficaz, de modo que a simples entrada do fato no mundo jurídico já é suficiente para causar efeitos[110].

Há, todavia, espécies de fato jurídico em que há a “impossibilidade de a geração da eficácia própria e final do ato dar-se de imediato, podendo até mesmo jamais vir a ser irradiada”, circunstância que se dá em razão da própria natureza do fato, de defeito na sua formação ou pelo fato de ainda não estar apto a produzi-la[111]. Nesse caso, estamos diante da chamada situação jurídica básica, por ser a “única e mínima eficácia que o fato jurídico produz, ou a base eficacial sobre a qual se desenvolve a plena eficácia do fato jurídico” [112]. Ou seja, nas hipóteses em que a regra é a ineficácia final, constata-se a existência dessas situações jurídicas[113] .

As situações jurídicas básicas podem ser: a) simples (unissubjetivas), ou; b) complexas (inersubjetivas). As complexas podem ser: b.1) unilateral, ou; b.2) relação jurídica. As situações jurídicas simples dizem respeito a uma só pessoa.

Já as situações jurídicas complexas resultam do “envolvimento de mais de uma esfera jurídica, portanto, de mais de um sujeito de direito”. (Mello, vol 3, p. 182).

Já a relação jurídica[114] é “toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidiu, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência do fato jurídico”.

As relações jurídicas regem-se por quatro princípios básicos: a) intersubjetividade; b) essencialidade do objeto; c) correspectividade entre direito e dever, pretensão e ação etc, e; d) coextensão de direitos, pretensão e ação[115].

---

[108] Ibid., p. 79.
[109] Ibid., p. 100.
[110] Ibid., p. 100.
[111] Ibid., p. 101.
[112] Ibid., p. 102.
[113] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 103.
[114] bid., p. 188.
[115] bid., p. 190.

No que tange ao princípio da intersubjetividade, este implica dizer que em toda a relação jurídica deve existir ao menos dois sujeitos de direito. Assim, as relações jurídicas se formam entre dois sujeitos determinados ou determináveis, ou entre um sujeito determinado ou determinável e o alter, caso o direito seja exigível a alguém ou a qualquer um (oponibilidade *erga omnes*).

3.3.4 A posse no plano da eficácia

Como antes se disse, no plano da eficácia estão as consequências que o direito atribui ao fato jurídico.

A eficácia jurídica é a razão de ser do fato jurídico. A eficácia depende da aplicação da norma pelo jurista, materializando as consequências previstas na realidade social[116]. É a partir dessa ideia que desenvolveremos o nosso trabalho.

A partir da entrada no mundo jurídico do fato jurídico da posse, surgem diversos efeitos.

Segundo Pontes de Miranda, "são efeitos da posse: a legítima defesa e a justiça de mão própria (art. 502); a manutenibilidade ou a reintegrabilidade da posse, judicialmente (arts. 499-501, 503-509); a indenizabilidade dos danos, conforme os arts. 503, *in fine*, 504, 510-519"[117].

Embora Pontes de Miranda faça remissão ao Código Civil de 1916, os dispositivos citados encontram correspondência no Código Civil atual. Dessa forma, a indenizabilidade das benfeitorias é um dos efeitos da posse.

O Código Civil enuncia alguns efeitos da posse.

Os mais importantes podem ser citados como: a) o direito de ser mantido na posse em caso de turbação (art. 1.210) mesmo em face do proprietário (§2º do art. 1.210); b) a possibilidade de desforço imediato (§1º do art. 1.210); b) o direito aos frutos percebidos pelo possuidor de boa-fé (art. 1.214); c) a responsabilidade do possuidor de má-fé pelos frutos (art. 1.216); d) a não responsabilização do possuidor de boa-fé pela perda ou deterioração da coisa sem ter lhe dado causa (art. 217); e) a responsabilidade do possuidor de má-fé pela perda ou deterioração da coisa (art. 1.218); f) a indenização das benfeitorias necessárias (art. 1.219 e 1.220) a todos os possuidores e das úteis ao possuidor de boa-fé (art. 1.219); g) o

[116] Ibid., p. 37.
[117] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 76.

direito de levantar as benfeitorias voluptuárias do possuidor de boa-fé (art. 1.219); h) o direito de retenção do possuidor de boa-fé pelas benfeitorias úteis e necessárias (art. 1.219).

Segundo Marcos Bernardes de Mello, bens da vida que sejam inapropriáveis ou inatribuíveis não poderiam integrar como elementos objetivos suportes fáticos[118].

Embora seja comum mencionar a inalienabilidade e indisponibilidade dos bens públicos como uma característica inata a esses bens, há que se fazer a observação no sentido de que nem todo bem público detém essa característica.

Os bens dominicais não são absolutamente inalienáveis, tampouco indisponíveis. Quando exista lei autorizadora, sua alienação pode ser realizada.

Tampouco os bens de uso especial são inatribuíveis a alguém, haja vista as formas de utilização exclusiva de bens públicos por particulares, como a concessão de uso, a permissão de uso, entre outras.

Sobre essa questão, todavia, nos aprofundaremos um pouco mais adiante.

Para Wald[119]:

> "Os efeitos da posse abrangem uma proteção especial (interditos possessórios) e a expectativa mais ou menos remota de transferir a posse em propriedade, pelo simples decurso do tempo, em virtude do usucapião. Pode ocorrer que a posse só tenha o primeiro desses efeitos (posse ad interditcta) ou que tenha ambos, sendo então, simultaneamente, posse ad interdicta e posse ad usucapionem".

Essa distinção, entre posse ad interdicta e posse ad usucapionem, é também, uma divisão que leva em conta o critério eficacial.

3.4 POSSE JUSTA E POSSE INJUSTA

O Código classifica a posse quanto à justiça (art. 1.200), dividindo-a em justa ou injusta.

A posse justa é aquela "cuja aquisição for conforme o direito"[120]. Segundo Orlando Gomes, para ser justa, a posse tem de ser pública e contínua[121].

---

[118] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1º parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 196.

[119] WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** Direito das Coisas, 12.ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 33.

[120] GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 52.

[121] Ibid., p. 53.

De outro lado, a posse injusta é aquela que se adquire de forma violenta, clandestina ou precária.

A posse violenta é entendida como a "que se adquire pela força"[122]. A violência consiste no impedimento a que o possuidor anterior exercite sua posse.

A posse clandestina "é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas. Assim, aquele que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho"[123]. Todavia, ao contrário do que muitos pensam, não é preciso que haja a intenção de esconder por parte do possuidor clandestino. Como bem ensina Pontes de Miranda[124], "basta que tenha havido tomada da posse, ato-fato jurídico, sem que o possuidor esbulhado haja sabido".

Já a posse precária é "a que se adquire por abuso de confiança. Resulta, comumente, da redenção indevida de coisa que deve ser restituída"[125]. Todavia, para que se conclua acerca da precariedade ou não da posse, é necessário observar como está configurada a posse, já que "uma vez entregue a coisa, não se pode presumir que o seja a título precário"[126].

Como se pode ver, a justiça ou não da posse tem a ver com a causa de sua aquisição[127].

Importante destacar, ainda, que tais características não são inatas à posse. Todos esses vícios são relativos a uma pessoa determinada[128].

Questão sempre sensível é a de saber se uma determinada posse é clandestina ou não. O Código Civil, no art. 1.200, diz que a clandestinidade não induz posse. Ao mesmo tempo, o art. 1.224 dispõe que que "só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido".

Mas, pode-se presumir, utilizando-se um critério de razoabilidade, que o proprietário pôde conhecer do esbulho, levando-se em conta questões como a localização do imóvel, as condições de vizinhança etc. Nesse sentido, Venceslau

---

[122] Ibid., p 53.
[123] Ibid., p 53.
[124] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. p. 122.
[125] GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 53.
[126] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 122
[127] Ibid., p. 120.
[128] Ibid., p. 124

Tavares Costa Filho traz interessante proposta no sentido de se considerar o prazo do art. 924 do CPC como critério temporal que permite presumir a ciência do proprietário quanto ao esbulho, como uma espécie de ciência ficta[129].

Assim, no estudo da posse dos bens públicos, ainda que uma determinada posse seja injusta perante a Administração, pode ser defendida contra outros particulares.

3.5 POSSE DE BOA-FÉ E POSSE DE MÁ-FÉ

A posse pode ser, ainda, de boa-fé ou de má-fé.

Merece ser destacado que a justiça da posse não tem qualquer ligação com a boa-fé ou a má-fé. Pode existir posse justa de má-fé e posse injusta de boa-fé.

Posse de boa-fé é aquela na qual o possuidor desconhece o vício que impede a aquisição da propriedade[130], ou seja, nada tem a ver com a existência de clandestinidade, violência ou precariedade. É perfeitamente possível existir posse de injusta de boa-fé ou posse justa de má-fé.

Exemplo comum de posse de boa-fé se dá quando uma pessoa que, por exemplo, ocupa um terreno pertencente ao poder público sem saber se tratar de imóvel público.

Trata-se da situação em que há erro de fato.

Todavia, há quem admita também o erro de direito como justificador da boa-fé. Este poderia ocorrer em

> circunstâncias nas quais o sujeito é levado a praticar determinado ato, tendo distorcida a sua vontade em decorrência de errônea interpretação da lei, ou de falso pressuposto jurídico. [...] Se até mesmo os técnicos não dominam completa e integralmente o sistema jurídico, é certo que pessoas iletradas semi-analfabetas, ou que simplesmente não têm formação acadêmica específica, não têm perfeita percepção da ordem jurídica em que estão inseridas[131].

---

[129] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações sobre a Tutela da Posse a Partir do Pensamento de Pontes de Miranda. In: DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodium. 2013. p. 1.194.

[130] Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

[131] CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 36-37.

A posse de má-fé, por sua vez, é aquela na qual o possuidor conhece o vício que impede a aquisição da propriedade (art. 1201 do CC).

Há, entre a posse de boa-fé e a posse de má-fé, uma diferença quanto aos efeitos:

a) enquanto o possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos, o possuidor de má-fé deve indenizar o proprietário quanto a esses frutos[132];
b) quanto à deterioração (ou perda) da coisa sem culpa do possuidor, o possuidor de boa-fé não responde, enquanto o possuidor de má-fé responderá, salvo se provar que o dano teria ocorrido mesmo que o bem estivesse na posse do reivindicante[133], e;
c) quanto às benfeitorias, enquanto o possuidor de boa-fé faz jus à indenização das benfeitorias úteis e necessárias, o possuidor de má-fé receberá somente a indenização pelas benfeitorias necessárias[134].

Vale salientar o fato de o possuidor de má-fé (aquele que sabe que não adquirirá o bem por usucapião) fazer jus à indenização das benfeitorias necessárias. Ou seja, mesmo sabendo que possui um bem público e que, portanto, há impedimento à sua aquisição por usucapião, fará jus o possuidor à indenização das benfeitorias necessárias (art. 1.220 do CC).

Por fim, enuncia o Código Civil que: "Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente."

Daí se infere que caso o possuidor fique sabendo que existe vício à aquisição da propriedade, somente a partir do momento em que teve ciência de tal fato é que se pode atribuir como de má-fé a posse.

---

[132] Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. [...] Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

[133] Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa. [...] Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

[134] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.[...] Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

3.6 A DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO

Parte da doutrina condiciona a existência de posse à produção de efeitos jurídicos. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Arnoldo Wald[135],:

> "A situação de fato que tem conseqüências jurídicas é denominada posse. Aquela que é juridicamente irrelevante, limitando-se a constituir simples fato material, sem repercussão no mundo do direito, é a detenção".

Todavia, essa lição se mostra imprecisa.

Para Pontes de Miranda, o que distingue a posse da detenção ou da tença é a entrada – eventual - daquela no mundo jurídico[136].

Segundo Pontes de Miranda[137]:

> a questão de se saber se a tença da coisa é posse ou detenção não se deve por no plano da eficácia, radicalmente: isto é, se há efeito jurídico, há posse; se não no há, é de detenção que se trata. Pode haver detenção com efeito e detenção sem efeito. Depende do sistema jurídico. Nem todo efeito é possessório, nem há conceito a priori de detenção.

Para Ihering, ao contrário de Savigny – que distinguia a detenção da posse pela existência de um *animus* especial, o animus domini - o que difere a posse a detenção é a existência de um dispositivo legal que rebaixa a posse à categoria de detenção[138].

Quando um ser humano tem algum objeto, essa relação é chamada de tença, que pode ser tanto posse como detenção[139].

Assim, como diferença entre posse e detenção não se dá no plano da eficácia. Ao contrário do que muitos pensam, quando afirmam que se há efeito jurídico, há posse; se não há, é de detenção que se trata.

A detenção é outro fato jurídico, totalmente distinto do fato jurídico da posse, e sua eficácia é inferior à eficácia da posse, tanto no sentido qualitativo como quantitativamente[140].

---

[135] WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** Direito das Coisas. 12.ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v.4, p. 133.
[136] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 7.
[137] Ibid. p. 35.
[138] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, II, estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense: 1997. Tomo 1, p. 228-229.
[139] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 35.
[140] Ibid., p.. 35.

3.7 NOTA CONCLUSIVA

A posse é fato, e como tal deve ser estudada. Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu*.

A teoria do fato jurídico separa o fato dos seus efeitos jurídicos.

Do fato jurídico *stricto sensu* da posse surgem efeitos jurídicos (eficácia), como a indenização pelas benfeitorias, o direito de retenção etc.

A posse de má-fé ou a posse injusta não deixam de ser posse. Ambas geram efeitos jurídicos.

A detenção é fato jurídico distinto do fato jurídico da posse. Sua distinção não se dá apenas quanto aos efeitos jurídicos.

4 A POSSE DOS BENS PÚBLICOS

4.1 GENERALIDADES

Não raramente o Judiciário tem se deparado com questões que envolvem a posse de bens públicos ocupados por particulares. Ora os conflitos são entre dois particulares, ora envolvem um particular e o Poder Público.

Quando se trata de conflito entre particulares, embora ainda exista certa divergência, parcela da jurisprudência tem reconhecido que um dos particulares pode exercer posse sobre o bem público[141].

Todavia, o problema se agrava quando num dos polos está o Poder Público.

Na maioria das vezes o Poder Público tem saído vencedor, retomando a posse do bem, e o particular tem ficado sem qualquer indenização pelas obras que realizou no imóvel.

É que para majoritária jurisprudência[142] o particular não pode invocar posse contra o poder público quando este tiver o domínio do bem, visto que nesses casos o particular tem apenas mera detenção, mas poderia defender sua posse contra ente público não-proprietário do bem.

No presente capítulo, analisaremos a natureza dessa relação de tença de um bem público por um particular.

4.2 O PROBLEMA NA DOUTRINA NACIONAL

A doutrina nacional, ao analisar o problema da posse dos bens públicos, parte de premissas, a nosso ver, equivocadas.

A doutrina majoritária afirma que o particular que ocupa bem público exerce mera detenção. Tal posição funda-se, quase sempre, nos seguintes argumentos:

1) a posse não pode se dar sobre coisas que estão fora do comércio;

2) aos bens públicos, aplica-se o regime jurídico administrativo;

3) a impossibilidade de usucapião de bens públicos.

Vejamos cada um desses argumentos.

---

[141] Resp. 792.527/DF, 3ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 01.04.2008.

[142] A título de exemplo, vale citar o RESP 199700610390, BARROS MONTEIRO, STJ - QUARTA TURMA, 14/03/2005.

4.2.1 Bens públicos como objetos fora do comércio

Grande parte da doutrina sustenta que os bens públicos não podem ser objeto de posse por estarem fora do comércio. Esse entendimento está calcado na redação do Código Civil de 1916, que definia bens fora do comércio aqueles bens "insuscetíveis de apropriação" e os "legalmente inalienáveis" [143].

A doutrina, então, com base nesse dispositivo, considerava os bens públicos como coisas fora do comércio. Tal posição ainda era reforçada pelo art. 520 do antigo Código[144].

Moreira Alves[145] registra a existência de dispositivos semelhantes na legislação de outros países, com exemplos mais notórios de Portugal, Itália e Espanha.

Essa visão, em nosso entender, se mostra equivocada por diversas razões. A mais forte delas, é o fato de o atual Código Civil não mais repetir as regras do art. 69 e 520 do Código Civil de 1916. Mas não é só.

Na França, a doutrina majoritária admite, quanto aos bens de uso comum e especial, que o particular defenda sua posse contra outro particular. Além disso, os particulares que possuam um título (permissão, autorização etc.) podem defender sua posse até mesmo contra o titular do bem[146].

Na Alemanha, registra Moreira Alves, admite-se a posse de bens de uso comum ou especial por particular quando essa posse não se oponha à submissão da coisa à finalidade pública que lhe é própria[147].

Isso para não falar dos bens aqui conhecidos como dominicais, que em todos esses países têm tratamento jurídico idêntico ao conferido aos bens privados.

Assim, além de atualmente não existir dispositivo que vede a posse sobre as coisas públicas, é importante perceber que em outros países essa posse é reconhecida.

---

[143] "Art. 69. São coisas fora de comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919)."

[144] "Art. 520. Perde-se a posse das coisas: [...] III - Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora de comércio. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919)."

[145] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, II, estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense: 1997. Tomo 1, p. 161 e ss.

[146] Ibid., p. 164.

[147] Ibid., p. 165

4.2.2 A impossibilidade de usucapião de bens públicos

Há, ainda, aqueles que fundamentam a impossibilidade de posse de bem público por particular no fato de tais bens não serem objeto de usucapião[148]. Nesse caso, comete-se o equívoco de misturar coisas completamente diversas.

O usucapião é uma forma de aquisição da propriedade e a posse é um dos elementos do seu suporte fático. Tal posição é corroborada por Pontes de Miranda[149], para quem "no suporte fático da usucapião, a posse é elemento fático, junto a outros, incluindo, necessariamente, o tempo. Ainda é certa posse interditalmente tutelável que aí entra como elemento fático. Porém, somente como um dos elementos".

Segundo Pontes de Miranda[150],

> do fato jurídico strictu sensu, que é a posse, irradiam-se direitos, pretensões e ações. A proteção possessória não deve, todavia, confundir-se com a proteção que se confere quando há suporte fático em que um dos elementos é a posse. Aí, o direito, a pretensão ou a ação não emana da posse, fato jurídico strcto sensu, e sim do fato jurídico resultante de suporte fático em que há posse [...] Tampouco é efeito da posse o feito quanto à usucapião: a posse é apenas um dos elementos necessários.

Ou seja, o usucapião é um fato jurídico e a posse é apenas um dos elementos do seu suporte fático.

A posse é requisito do usucapião, e não o inverso. Assim, pode existir posse de coisa sem que se dê o usucapião (caso não se complete totalmente o suporte fático, dependente ainda de outros elementos como o tempo etc). Assim, tal posição também se mostra equivocada.

4.2.3 A influência do pensamento de Ihering e seus equívocos

Numa outra categoria de doutrinadores, encontramos aqueles que, tal como Orozimbo Nonato, afirmam simplesmente que a posse do particular sobre os bens do Estado não se eleva à categoria de posse[151].

---

[148] RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 30-31.

[149] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X p. 11 e 12.

[150] Ibid., p. 76.

Essa posição, todavia, não encontra apoio na legislação brasileira.

Ainda que tomada a teoria de Ihering, falta o elemento negativo que rebaixa o poder fático do particular sobre o bem público à condição de detenção.

Como se verá mais adiante, pode existir, numa ou noutra situação, um elemento negativo que rebaixe a posse do particular à categoria de detenção. Todavia, não cabe tratar o tema em termos genéricos como essa linha de doutrinadores faz.

Nossa posição coincide com a de Bárbara Araujo[152], para quem o conceito de corpus defendido por Ihering está mais relacionado à aparência de propriedade, assim, para a autora, quando Ihering afirma não se admitir a posse nos casos em que não fosse possível exercer o direito de propriedade, "não estava excluindo, certamente, seguindo os requisitos estruturais de sua tese, os bens públicos". Afinal, segundo a autora, tais bens são objeto de propriedade pelo Poder Público e é comumente aceita a posse de tais bens pelo poder público e por particulares autorizados pelo ente proprietário do bem.

4.2.4 A doutrina administrativista e o socorro ao princípio da "supremacia do interesse público"

No campo do Direito Público também há quem negue a possibilidade de posse de bem público por particular, essa visão é fortalecida em virtude do princípio da Supremacia do Interesse Público.

Não é de hoje que se propaga como verdadeiro dogma do Direito Administrativo o que se convencionou chamar de "princípio da supremacia do interesse público"[153].

---

[151] FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e Detenção: uma distinção relativa?. In. ASSIS, Araken *et al*. **Direito Civil e Processo**. Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 308.

[152] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 109.

[153] A título de exemplo, vale conferir a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dela, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º,

Antes de tudo, há uma dificuldade em se definir o que seria ou não o "*interesse público*". A doutrina tem se esmerado em traçar parâmetros, dividindo o interesse público em primário e secundário.

Como antes se disse, não existe um princípio da supremacia do interesse público.

Aliás, a própria natureza dos direitos fundamentais, que visam a proteger o indivíduo contra a ação estatal, fulmina qualquer ideia tendente a sustentar a existência de tal princípio. Se acaso houvesse uma supremacia do interesse público sobre o do particular, os direitos fundamentais se transformariam em pó diante da vontade do Estado de violá-los.

José Nilo de Castro e Cássia Augusta Alves Amaral[154], em parecer publicado na Revista de Direito Municipal, entendm que "os bens públicos, enquanto conservarem sua qualificação, estão subordinados ao regime jurídico de direito público, o que implica numa "'restrição à incidência dos institutos e das normas de direito privado'. Porém, tal não quer significar a existência de um regime jurídico único para todos os bens públicos". Ao que parece, os autores admitem a existência de diversos regimes jurídicos aplicáveis aos bens públicos, conforme a categoria em que se enquadrem (dominical, uso especial, uso comum).

Essa posição, todavia, não levou os autores a reconhecer a possibilidade de posse sobre os bens públicos. O entendimento do autor foi o de que, a tença de bens públicos deve ser tratada como detenção, e não como posse[155].

A maior parte da doutrina, em nome da supremacia do interesse público, também não admite a utilização de bens públicos por particular sem a autorização expressa da Administração Pública.

4.3 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o privado.". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

[154] CASTRO, José Nilo de; AMARAL, Cássia Augusta Alves. Bem público: ocupação irregular: detenção: fundamento para a desocupação: comunicado para devolução do imóvel: negação: inexistência de direito de permanecer no imóvel ou de indenização: ação reintegratória: cabimento. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 12, n. 42, out./dez. 2011. Parecer. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76719>. Acesso em: 24 fevereiro 2012.

[155] Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legitima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.".

A jurisprudência também tem entendido que o particular não exerce posse sobre o bem público por ele ocupado.

O Superior Tribunal de Justiça, anteriormente, adotou a tese de que o particular jamais poderia defender a posse de bem público contra o Poder Público[156].

Aquela Corte entendia que o particular não poderia jamais alegar como matéria de defesa a existência de posse "pouco relevando o tempo de ocupação, sempre precária, sob pena de submeter-se o Poder Público à sanha de invasões clandestinas"[157].

No ano de 2008, contudo, o Superior Tribunal de Justiça alterou em parte esse entendimento ao afirmar que é possível que aquele que detém determinada área pública em razão de contrato defenda sua posse[158]. Todavia, ficou assentado nesse mesmo julgado que "a alegação de posse de bem público não pode ser oposta, pelo possuidor, ao ente público titular do domínio".

No mais, a maior parte dos julgados que rechaçam a posse do bem público por particular chegam a essa conclusão pelo fato de os bens públicos não estarem sujeitos ao usucapião. Utilizam o seguinte raciocínio: se o usucapião é a consequência natural da posse, um bem que não se sujeita ao usucapião não pode ser objeto de posse. Como já demonstrado, tal entendimento se mostra equivocado.

Todavia, quando se trata de conflito entre particulares, alguns tribunais dão tratamento diferenciado, admitindo a existência de posse de um particular sobre o bem quando a disputa se dê entre dois particulares, tal como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que tem afirmado que "o fato de o imóvel estar localizado em área pública, contudo, não impede os interditos possessórios, se a controvérsia envolver apenas particulares"[159].

Em interessante caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, descendentes de um permissionário de uso de um bem público buscavam indenização das benfeitorias realizadas no imóvel. Os herdeiros do permissionário impetraram mandado de segurança, no qual se impugnava acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirmou que, em face da revogação de autorização de uso de bem público que tinha o pai dos autores, eles, sucessores, teriam mera detenção. O entendimento que prevaleceu no STJ foi o de que se

---

[156] RESP 199700610390, Barross Monteiro, STJ - QUARTA TURMA, 14/03/2005.
[157] AGRESP 200501952193, Rel. Mauro Campbell Marques, DJ 04.02.2010.
[158] Resp. 792.527/DF, 3ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 01.04.2008.
[159] Acórdão 2008.03.1.015217-5 ACJ, do Rel. Sandoval Oliveira, DJ de 15/01/2001.

tratava de posse injusta, já que precária, ante a ausência de autorização, tinham que devolver o imóvel à municipalidade[160].

No caso acima, fica clara a confusão entre os termos *posse* e *detenção*. A posse injusta não deixa de ser posse, como já afirmamos. Assim, a falta do justo título não transforma a posse em detenção.

Em outra ocasião, ao apreciar o Recurso Especial n. 341.395-DF, sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a Terceira Turma do STJ decidiu que não havia que se falar em posse, e sim, em mera detenção. No caso, considerou a sentença, diante da prova dos autos, *"que os réus se instalaram no terreno sem qualquer autorização e passaram a praticar o esbulho possessório depois de não atenderem à notificação de fl. 13, em 18 de julho de 1989"*, afastando, finalmente, o usucapião em área pública, nos termos da Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal. É bom registrar que o juízo de primeiro grau havia determinado a indenização pelas benfeitorias. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve a sentença[161]. O STJ, contudo, não reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias.

---

[160] [...] Dispondo da mera detenção do imóvel, os sucessores do permissionário não podem invocar direito líquido e certo contra a Municipalidade. Direito de retenção quanto às benfeitorias a ser discutido em sede própria. (RMS 5.996/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 05/03/2001, p. 164)

[161] Eis o acórdão do TJDF que, apesar de negar a existência de posse, reconheceu o direito à indenização das benfeitorias. "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BEM PÚBLICO DESAFETADO - LEI Nº 4.545/64. IMÓVEIS ADMINISTRADOS PELA TERRACAP. INADMISSIBILIDADE DA POSSE. AUSÊNCIA DE TÍTULO DE PROPRIEDADE. DESNECESSIDADE. - INTERDITOS PROIBITÓRIOS EM ÁREA PÚBLICA. INACESSIBILIDADE AO PARTICULAR, MERO DETENTOR. - INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. POSSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.
I - A Lei nº. 4.545/64, ao dispor sobre a reestruturação administrativa do DISTRITO FEDERAL, declara que os imóveis que compete à TERRACAP administrar não são suscetíveis de posse, mas, sim, de uso. E este, por sua vez, não pode ser transformado em posse direta, sequer diante de possível inércia da Administração Pública. Assim, não há que se falar em turbação por parte desta se os ocupantes não possuem a competente autorização para a utilização da área pública.
II - Em se tratando de imóvel que integre o patrimônio público do Distrito Federal, independentemente do título de propriedade, compete à Terracap a sua administração, conforme precedentes deste Egrégio TJDF.
III - Pratica esbulho o particular que ocupa imóvel público e se recusa a entregá-lo, pois sobre este não detém a posse, configurando-se a ocupação alegada em mera tolerância da Administração. E quem não exerce posse, não tem acesso aos interditos (CC art. 499) nem à tutela cautelar contra eventual esbulho, como é o caso do interdito proibitório.
IV - Não é possível considerar como de má-fé a presença do particular no imóvel público, por 44 (quarenta e quatro) anos, como também não se pode alegar clandestinidade. Assim, no particular, configura-se, como solução mais adequada e justa, o reconhecimento de que deve ser assegurado o direito à indenização pelas benfeitorias erigidas no local, com vistas à conservação do imóvel.
V - Recursos conhecidos e desprovidos." (fls. 336/337)

Especificamente no que tange à tença de bem dominical por particular, não tem sido outro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Merece registro o caso em que o autor, ocupante de bem dominical, pedia a reintegração de posse contra a tentativa da Terracap de retirá-lo do imóvel. O STJ entendeu que o autor sabia que se tratava de área pública, pois adquiriu de outro ocupante os direitos referentes à ocupação. Apoiou-se na doutrina de Tito Fulgêncio. Citou o Resp. 342.395. Concluiu que setratava de mera ocupação. Todavia, o acórdão do TJDF foi mantido, dando direito à indenização pelas benfeitorias[162].

Existem ainda acórdãos que concluem que toda ocupação de bem público sem o consentimento da Administração Pública é mera tolerância. Nesse sentido, registre-se caso em que autor informava que já havia obtido uma reintegração de posse contra a Terracap, porque provou-se que a empresa não tinha a posse do imóvel. Sustentou que tratava-se de terra devoluta. Informou que está há mais de 20 anos na área. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal o autor sagrou-se vencedor[163]. O Superior Tribunal de Justiça[164] considerou que não há posse sobre terra devoluta, mas somente detenção, prevalecendo a tese de que tratava-se de mera tolerância pelo Poder Público. Todavia, não observamos a indicação de qualquer prova de que seria mera tolerância. A decisão amparou-se, ainda, nos Recursos Especiais nº 342.395 e 146.367.

Em outro caso, embora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tenha resguardado o direito à indenização das benfeitorias pelos ocupantes, o STJ negou. A relatora afirmou que "por aplicação da doutrina de Jhering, que reuniu, numa única idéia, os elementos *corpus* e *animus* definidos na lição de Savigny, tem-se que

---

[162] INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, PERTENCENTE À "COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA – TERRACAP". INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO CASO. – A ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916). Recurso especial não conhecido. (REsp 146.367/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 338)

[163] "MANUTENÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – DISCUSSÃO SOBRE DOMÍNIO. 01. Admite-se a possibilidade de se reconhecer a posse em determinado tipo de imóvel, ainda que pertencente ao poder público, como é o caso de terras que antes pertenciam a particular e que teriam voltado ao domínio público, sendo denominadas terras devolutas. 02. Recurso desprovido.Unânime" (fl. 232).

[164] MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA "TERRACAP – COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA". INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. – A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. – Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916). Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 489.732/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310)

posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade". O voto da relatora apoiou-se na inalienabilidade dos bens públicos e em dois acórdãos anteriores da relatoria do Minisro Barros Monteiro, quais sejam, o Recurso Especial nº 489.732/DF e o Recurso Especial nº 146.367/DF.

No primeiro, o STJ disse tratar-se de mera tolerância, mas não a demonstrou. No segundo, apoiou-se na doutrina de Tito Fulgêncio, mas, mantendo o acórdão de origem, deu direito à indenização das benfeitorias, mesmo sem se tratar de posse. A relatora, ainda, reconheceu a clandestinidade: "neste feito, como se abstrai da decisão recorrida, não se vislumbra hipótese de uso especial de bem público legalmente titulado, mas de ocupação irregular de área pública, porque a utilização do imóvel realiza-se de forma clandestina, sem base em qualquer ato unilateral ou contrato emanado da Administração"[165].

Enfim, o que se observa é o não reconhecimento da posse do particular sobre bem público por parte do Superior Tribunal de Justiça.

4.4 A POSSE DOS BENS PÚBLICO NO PLANO DA EXISTÊNCIA

No âmbito da teoria do fato jurídico, devemos averiguar a existência da posse sobre os bens públicos.

---

[165] EMBARGOS DE TERCEIRO - MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE POSSE - DIREITO DE RETENÇÃO NÃO CONFIGURADO.
1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.
2. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.
3. Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório.
4. Recurso provido. (REsp 556.721/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 172)

O poder de fato do particular sobre bem público, em nosso entender, entra no mundo jurídico quase sempre como posse. Dizemos, “quase sempre” porque há situações em que, mesmo exercendo o poder de fato de um bem púbico, esse fato não entrará no mundo jurídico. Essas situações serão melhor analisadas um pouco mais à frente.

Para melhor compreender, devemos examinar a estrutura da posse, que pode ser sintetizada numa norma com o seguinte teor: “Se alguém (elemento subjetivo) exerce poder de fato (elemento nuclear) sobre um bem (elemento objetivo), então -> [...]”.

Na maioria dos casos, os elementos do suporte fático serão preenchidos integralmente.

Todavia, Marcos Bernardes de Mello[166] adverte que “os bens da vida, em geral, quando não haja norma jurídica que os pré-exclua de apropriação (bens de uso comum do povo, e.g.) ou que, por sua natureza, sejam inapropriáveis, podem integrar suportes fáticos, constituindo seus elementos objetivos”. Assim, considerado o pensamento do autor, os bens de uso comum do povo não poderiam integrar suportes fáticos sendo elementos objetivos.

Em que pese o brilhantismo de sua obra, discordamos dessa afirmação por uma razão: em nossa opinião, mesmo bens inapropriáveis, como os bens de uso comum do povo, podem integrar suporte fático de normas jurídicas, como p. ex., no caso da norma do art. 100 do Código Civil que diz que os bens de uso comum do povo são inalienáveis enquanto conservarem essa característica. Desse dispositivo, numa dada situação específica, pode ser extraída a seguinte norma: a Administração Pública (elemento subjetivo) não poderá alienar a praça *x* (elemento objetivo). Assim, não há a impossibilidade *a priori* de que bens de uso comum integrem suportes fático.

Portanto, em nosso entender, o fato de ser apropriável ou não em nada impede de integrar suporte fático. Um bem de uso especial pode integrar o suporte fático de uma regra que permita o Poder Público realizar a desocupação de uma praça, por exemplo. Ou, numa lei que autorize a concessão de rodovias, o bem de uso comum (estrada) poderá ser suporte fático de uma regra cujo preceito determine a apropriação pelo concessionário das receitas provenientes de pedágio.

---

[166] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da existência. 16.ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 54

4.4.1 A legislação sobre bens públicos: mais "indícios" da existência da posse sobre bens públicos

Além dos argumentos citados acima, que nos levam a concluir pela possibilidade de posse de particular sobre bem público, há que se examinar outros exemplos colhidos na legislação.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) traz regras acerca da "legitimação da posse" de terras públicas ocupadas por particulares. Aqui, o art. 97 do diploma legal citado reconhece a existência de "legítimos possuidores de terras devolutas federais".

Por outro prisma, alisando a possibilidade de posse em imóveis públicos, Rodrigo Cardoso Freitas[167] defende a "admissibilidade da posse, em nosso direito, sobre as coisas públicas dominicais". Todavia, o autor exclui desse entendimento os bens de uso especial e de uso comum[168]. Fundamenta sua posição em alguns dispositivos legais, tais como a Lei nº 9.636/98.

Tal diploma permite a "regularização" da posse de particulares ocupantes de bens públicos. O art. 9º, todavia, proíbe a inscrição de algumas ocupações:

> Art. 9º - É vedada a inscrição de ocupações que:
> [...]
> II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais e de implantação de programas ou ações de regularização fundiária de interesse social ou habitacionais das reservas indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei. (grifos nossos).

Essa posição, no nosso entender, também se mostra equivocada. É que o inciso II do art. 9º permite até mesmo a inscrição de ocupações sobre bens de uso comum do povo, desde que não comprometa a integridade das áreas. Ademais, o fato de não se permitir a inscrição administrativa (ato administrativo) de ocupações de determinados bens públicos nada tem a ver com o existir ou não posse.

---

[167] FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e Detenção: uma distinção relativa?. In. ASSIS, Araken *et al*. **Direito Civil e Processo.** Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 308.

[168] "De outra parte, com referência aos bens públicos de uso comum e de uso especial, é o Estado, no meu entender, o proprietário de ambos". (Ibid. p. 308)

Merece registro, ainda, a Lei nº 11.481/2007, por sua vez, alterou a redação do §1º do art. 6º da Lei nº 9.636/1998, que trata do cadastramento de imóveis da União, dispondo que:

> "áreas urbanas, em imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva".

Não se pode desconsiderar a expressa menção à posse de particulares sobre bens públicos, independentemente de autorização expressa do proprietário do bem.

4.4.2 Da possibilidade de cláusulas de pré-exclusão de juridicidade

No entanto, há casos em que, por força de norma pré-excludente de juridicidade, o poder de fato de um particular sobre um bem público não entra no mundo jurídico.

Normas pré-excludentes de juridicidade são aquelas cuja incidência cria fato jurídico capaz de impedir "a) que suporte fático que seria, normalmente, juridicizado em certo sentido, assim o seja, ou (b) que certo fato venha a se tornar jurídico"[169].

Aqui, elimina-se a juridicidade de um fato ocorrido no mundo natural, impedindo a sua entrada no mundo jurídico.

Acreditamos que um exemplo de pré-exclusão de juridicidade se dá na Lei nº 9.985/2000 – lei das unidades de conservação.

As unidades de conservação de proteção integral são bens de uso comum, atendidas as condições fixadas (no caso da unidades de proteção integral, o objetivo educacional e a autorização do gestor, e; no caso das unidades de uso sustentável, a autorização e o pagamento).

Tal lei, ao atribuir a posse das estações ecológicas[170], reservas biológicas[171], parques nacionais[172], florestas nacionais[173] e reservas de fauna[174] ao Poder Público

---

[169] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 16.ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 97.

[170] Art. 9º A Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. § 1º A Estação Ecológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

excluiu tais espécies de bens do suporte fático da posse de qualquer outro sujeito que não seja o próprio Poder Público.

Outro exemplo de cláusula de exclusão de juridicidade se dá com o art. 1.028 do Código Civil. Dispõe o Código Civil que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

Para Orlando Gomes[175],

> a permissão é o consentimento expresso, sem renúncia à posse, como se verifica quando o proprietário autoriza alguém a passar no seu terreno. A tolerância é o consentimento tácito, também sem renúncia, consistente na ausência de oposição a ato de terceiro, mas por forma a que perceba a precariedade com que está usando a coisa.

Essa mesma linha é defendida por Nelson Rosenvald[176], ao observar que

> enquanto a permissão nasce de autorização expressa do verdadeiro possuidor para que terceiro utilize a coisa, a tolerância resulta de consentimento tácito ao seu uso, caracterizando-se ambas pela transitoriedade e pela faculdade de supressão do uso, a qualquer instante, pelo real possuidor, sem erigir proteção possessória ao usuário, conforme o disposto no art. 1.208 do Código Civil.

---

[171] Art. 10. A Reserva Biológica tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais. § 1º A Reserva Biológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

[172] Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. § 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

[173] Art. 17. A Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.(Regulamento). § 1º A Floresta Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei.

[174] Art. 17. A Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.(Regulamento) § 1º A Floresta Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei.

[175] GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed., Atualizador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, p. 70

[176] ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, p. 244.

Assim, a diferença, para esses autores, entre permissão ou tolerância é o fato de uma ser expressa, e a outra, tácita.

Detalhando os conceitos de tolerância, Maria Helena Diniz[177] entende que atos de mera tolerância acarretam a perda da posse, afinal, trata-se de uma "indulgência pela prática do ato que, na realidade, não cede direito algum, mas tão-somente, retira a ilicitude do ato de terceiro, sem o consenso prévio do possuidor, que, sem renunciar sua posse, mantém, ante aquela atividade, um comportamento omisso e consciente" .

Erroneamente, a jurisprudência tem considerado que a situação do particular que tem poder de fato sobre o bem público se caracteriza como mera tolerância, como se houvesse uma Administração Pública onipresente, ciente daquela situação mas que, por algum motivo, tolera o poder de fato do particular sobre o imóvel.

Não se pode, de forma automática, classificar como detenção o poder de fato sobre imóvel público. Há que se verificar, em cada tipo de bem, o alcance dessa cláusula de exclusão. No caso dos bens de uso comum, o alcance será um tanto mais amplo.

A utilização desses bens, como já se disse no capítulo primeiro, é aberta ao público em geral, ou seja, permitida a qualquer do povo. Mas, pondera Cretella Jr[178]:

> "aplicado com absoluto rigor e ao pé da letra este princípio, o uso comum do domínio público seria fonte inestancável de conflitos entre indivíduos, já que o uso de qualquer deles constituiria, sempre, num local e num momento dados, obstáculo natural ao uso dos demais".

Por isso, a aqui, a Administração Pública se serve das atividades de polícia.

Assim, o livre uso deles está submetido, antes de tudo, às restrições previstas nas leis e regulamentos, o que permite que, em caso de não observância dessas restrições, o Estado aja por meio de sua polícia sem que, para tanto, tenha que alegar a titularidade dominial ou qualquer outra justificativa nesse sentido[179].

Além disso, se o uso do bem é de todos, a todos cabe resguardar o bem contra o uso não conforme por parte de uma só pessoa, de modo que, nas atividades exercidas em bem de uso comum sem a autorização do Poder Público há uma grande probabilidade de que esta se dê com tolerância não só por parte do

---

[177] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 39-40.
[178] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 304.
[179] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Tecnos, 2002. v. II, p. 528.

Estado – por meio de seus agentes policiais – como pelos outros utentes do bem. Isso, contudo, não exclui de logo todas as situações.

Assim, o uso privativo desses bens, sem a autorização do Poder Público, num maior número de casos se caracterizará como ato de mera tolerância. Com frequência, aqui, haverá a incidência da cláusula de exclusão de juridicidade.

Já no caso dos bens de uso especial, a situação é um pouco distinta. Aqui, como o uso não é franqueado a todos e nem sempre há essa possibilidade de ação estatal por meio da polícia, a situação de um particular que exerce o poder de fato sobre o bem deve ser analisada com maiores cautelas. A tolerância ou permissão deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A "permissão" a que alude o art. 1.028 do Código Civil é toda forma de uso extraordinário do bem que se dê a título precário, como previsto no art. 22 da Lei 9.636/1998[180].

A condição de possuir um título habilitante (permissão de uso, autorização de uso, concessão de uso) não é essencial ao conceito de posse de bem púbilco.

Assim, em nosso entendimento, os bens públicos não serão suscetíveis de posse por particular quando existir uma cláusula de pré-exclusão de juridicidade, a qual se faz presente no caso dos bens de uso comum, independentemente de qualquer outra formalidade.

Já no que tange aos bens de uso especial, a caracterização da tolerância – pré-excludente de juridicização da posse – depende da notificação do tenedor.

4.4.3 Da posse de bens de uso comum e de uso especial

Diante do que foi dito até aqui, parece não existir dúvida quanto à posse de particular sobre bem dominical.

---

[180] Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.
§ 1º A competência para autorizar a permissão de uso de que trata este artigo poderá ser delegada aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados.
§ 2º Em áreas específicas, devidamente identificadas, a competência para autorizar a permissão de uso poderá ser repassada aos Estados e Municípios, devendo, para tal fim, as áreas envolvidas lhes serem cedidas sob o regime de cessão de uso, na forma do art. 18.

O que foi dito no capítulo primeiro, acerca do tratamento dado aos bens dominicais na maioria dos outros países, reforça ainda mais essa conclusão.

Já no que tange aos bens de uso especial e de uso comum, tem-se entendido – tanto pela doutrina tradicional quanto pela jurisprudência – que, para que exista posse do particular, é necessária a autorização expressa do ente proprietário do bem.

José Carlos Moreira Alves[181] é um exemplo dessa doutrina. Entende o autor que:

> Os particulares, em face do Estado ou entre si, serão meros detentores de bens públicos de uso comum e de uso especial, se o Estado não lhes assegurar o uso privativo sobre parcela do bem púbico de uma dessas categorias. Nesse caso – e é o que ocorre com a autorização, permissão ou concessão de utilização de logradouros públicos para a instalação de bancas de jornal, de bombas de gasolina, de barracas de comércio em geral, ou, então de boxes de mercados públicos, ou de terreno em cemitério público –, são eles possuidores dessa parcela desses bens públicos, ressalvada a hipótese (como ocorre quando há mera autorização de uso privativo pela absoluta precariedade de que ela se reveste) prevista na parte inicial do art. 497 do Código Civil ('Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância'. E, como tal, são protegidos possesoriamente contra terceiros e contra o próprio Estado, enquanto perdurar a permissão ou a concessão de uso privativo

Lenine Nequete adota semelhante posição, ao entender que os bens de uso especial e de uso comum "enquanto o forem, é certo que excluem a possibilidade de posse exclusiva, por parte de terceiros, dado que ou são possuídos pela coletividade ou pela administração que deles se utiliza para seus serviços"[182].

Com a devida vênia, discordamos dos referidos autor, e a razão é simples: não há, no suporte fático da posse, qualquer menção à necessidade de um título jurídico habilitante.

Como dissemos anteriormente, no caso dos bens de uso comum, a inexistência do título jurídico não importa na não-juridicização da posse. Essa circunstância pode produzir modificações na eficácia da posse, mas não na sua existência.

Assim, exerce poder de fato tanto o concessionário de um serviço público sobre os bens públicos afetados à realização do serviço – e que tem o uso privativo dos bens assegurado por um contrato de concessão – como o cidadão que, ainda

---

[181] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, II, estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense: 1997. Tomo II, p. 170-171.

[182] NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1970. p. 130.

que sem autorização, tem a posse de um *box* de um mercado público. O que importa é se há ou não poder de fato sobre a coisa e – inegavelmente – nos dois exemplos citados estamos diante de poder fático sobre a coisa.

Assis, fica claro o desacerto da posição que condiciona a possibilidade de posse do particular sobre um bem público de uso especial à existência de um título. A ausência do título habilitante (permissão de uso, autorização de uso, concessão de uso) não é causa da pré-exclusão de juridicidade de posse de bem público.

Tampouco existe, no no suporte fático da posse, qualquer menção a esse elemento.

O suporte fático do fato jurídico da posse, como se viu, é formado por mais de um dispositivo. Assim, o suporte fático da posse é o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade[183] que não decorram de mera permissão ou tolerância nem sejam exercidos por meio de atos violentos ou clandestinos[184].

O poder de fato do particular que preenche sobre bem público sofre a incidência da norma jurídica, entrando no mundo jurídico como posse. Logo, irá gerar efeitos jurídicos (eficácia jurídica), afinal, a existência do fato jurídico é a causa da eficácia. Cabe analisar algumas situações concretas para verificar se haverá ou não posse protegível do particular, bem como quais os limites dessa eficácia.

Assim, a polêmica acerca do uso de bem público por particular não é se há ou não há posse. O problema é de eficácia.

4.5 QUANTO À EFICÁCIA DA POSSE DE PARTICULARES E OS BENS PÚBLICOS

Como se viu, o problema do poder fático sobre bens públicos por particulares não é quanto à existência de posse. A questão tormentosa se dá no que tange à eficácia jurídica, que nada mais é do que os a geração dos "*efeitos próprios e finais dos fatos jurídicos*"[185].

---

[183] Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

[184] Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

[185] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 45

A posse, sendo um fato jurídico *stricto sensu,* não passa pelo plano da validade. Uma vez existindo, passa direto ao plano da eficácia[186].

Aqui reside, no nosso entender, o grande problema que envolve a posse dos particulares ocupantes de bens públicos.

Segundo Pontes de Miranda, direito "é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático"[187]. Assim, os direitos, as ações e as exceções são eficácia do fato jurídico (fruto da incidência).

Do fato jurídico da posse podem surgir diversos direitos, como o de ser indenizado pelas benfeitorias realizadas no imóvel ou o direito de retenção do imóvel.

Não se deve pensar, com isso, que a posse é direito. A posse, como já foi demonstrado, é fato e só se passa no mundo fático. O que ocorre é que a posse entra no mundo jurídico como elemento de algum suporte fático (usucapião, indenização das benfeitorias etc)[188].

Mas, é bom que se saiba, a eficácia jurídica pode sofrer limitações ou restrições[189]. Essas limitações são "de ordem pessoal, espacial e temporal, como também contenutístico"[190]. Além disso, pode sofrer limites pela própria natureza dos fatos jurídicos. Como bem ensina Marcos Bernardes de Mello, "há fatos jurídicos que, por sua natureza mesma, têm a produção de seus efeitos condicionada à ocorrência de fatos futuros"[191].

Há, ainda, que se observar que a eficácia dos fatos jurídicos pode ser limitada pela lei. A lei tem o poder de definir quais os fatos jurídicos e quais os seus efeitos, encontrando apenas limites a) quanto à imputação de eficácia jurídica, na natureza das coisas e na dignidade humana, e; b) em relação à permanência da eficácia jurídica já irradiada, encontra limites no ato jurídico perfeito, na coisa julgada e no direito adquirido[192].

---

[186] Ibid., p. 17

[187] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo V, p. 226.

[188] Ibid., p. 251.

[189] Marcos Bernardes de Mello nota que Pontes de Miranda diferenciava as limitações das restrições no fato de aquelas serem decorrentes de lei, enquanto essas seriam provenientes de estipulações negociais (apud. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. Nota de rodapé da p. 345.)

[190] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 45.

[191] Ibid., p. 47.

[192] Ibid., p. 49.

Diante dessas circunstâncias que influem na eficácia jurídica, acreditamos que a posse dos imóveis públicos deve ser analisada, quanto à eficácia, de acordo com a categoria de bem público que integra o elemento objetivo da posse.

Não foi sem razão que, no capítulo primeiro, trabalhamos as principais características dos bens públicos. Acreditamos que elas interferem diretamente na eficácia do fato jurídico da posse.

A posse (fato jurídico *stricto sensu*) não gera uma relação entre pessoa e coisa, como muitos costumam afirmar. Há, na verdade, uma relação que tem por sujeito passivo o *alter* (sujeito passivo total).

Algumas características dos bens públicos gerarão a ineficácia de alguns dos efeitos da posse.

Como se verá, até mesmo no caso da posse de bem de uso comum pode existir eficácia jurídica.

4.5.1 A concessão especial de uso para fins de moradia (Medida Provisória nº 2.220/2001)

A posse de bem público por particular pode entrar no mundo jurídico como elemento do suporte fático da concessão de uso especial para fins de moradia.

Tal instituto seria previsto no Estatuto da Cidade, mas foi vetado. Em seguida, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 2.220/2001.

Essa lei tratou de dar aos bens públicos uma função social. Eugênia Giovana Simões[193] entende que:

> o bem público cumpre sua função social na medida em que é utilizado paras os fins a que se propõe, quando sua utilização ocorre fora dos parâmetros legais, necessário ser corrigida tal distorção e isto pretendeu o Estatuto da Cidade ao dispor nos arts. 15 a 20 sobre a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia com o objetivo de regularizar as ocupações existentes em áreas públicas, no entanto, tais dispositivos foram vetados e posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 2.220/2001 regulamentando tal direito. Trata-se de um verdadeiro direito subjetivo do ocupante de bem público que preencha os requisitos fixados na medida provisória.

---

[193] CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A concessão de uso para fins de moradia como forma de concretizar a função social da propriedade pública. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jul./set. 2011 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74859>. Acesso em: 24 fevereiro 2012.

Para fazer jus à concessão de uso para fins de moradia, a lei exige que exista posse do bem. Vejamos:

> Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, **possuiu** como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Assim, a concessão de uso para fins de moradia é efeito da posse do particular sobre bens públicos dominicais.

Trata-se de um direito do possuidor, visto que o interessado pode pleitear a concessão até mesmo pela via judicial:

> Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.
> § 1 º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.
> § 2 º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.
> § 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.
> § 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

No caso dos bens de uso comum, a lei faculta ao Poder Público a disponibilização de outro imóvel:

> Art. 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1o e 2o em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:
> I - de uso comum do povo;
> II - destinado a projeto de urbanização;
> III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;
> IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou
> V - situado em via de comunicação.

O que se observa é que mesmo a posse de bem público de uso comum pode ter eficácia jurídica.

Vale destacar que “apesar de a eficácia jurídica ser a finalidade última e a razão de ser do fato jurídico, em face de sua própria natureza ou de condições que lhe são estranhas, é suscetível de não irradiar-se (testamento, negócios jurídicos

sob condição suspensiva, negócios jurídicos nulos, por exemplo)". Nesse caso, não há univocidade e constância entre o fato jurídico e a eficácia jurídica. Assim, em vez de existir uma relação de causalidade, existirá uma relação de probabilidade[194].

É isso o que explica, por exemplo, a posse de um bem de uso comum (fato jurídico) não gerar a autorização de uso (eficácia jurídica). Em razão das características desse bem, como a de estar no maior grau de afetação que os bens públicos podem ter, que tais efeitos só serão gerados se a Administração praticar atos destinados a tal fim (probabilidade)

A eficácia da posse do particular nesse tipo de bem é mínima, dependendo de um ato da Administração, a exemplo do que ocorre com o direito real de moradia (art. 5, I, da Medida Provisória nº 2.220/2001) em que o Poder Público pode até conceder, mas o particular não pode exigir. Ou seja, falta-lhe pretensão ou ação. Aqui, caso a Administração queira – e a obra tenha gerado uma utilidade que será aproveitada pela Administração – poderá indenizar o particular.

Ou seja, o problema da posse dos bens de uso comum não está com o existir ou não existir posse. O problema se coloca no plano da eficácia.

O disposto no art. 5º, de outro lado, não retira eficácia do fato jurídico.

Como ressalta Marcos Bernardes de Mello[195], é possível que

> "o mesmo fato jurídico apresente matizes diversos e, em razão disso, haja vários dispositivos que, atendendo a situações fáticas particulares, definam condições que alteram a configuração do suporte fático correspondente no fato jurídico fundamental. Por isso, o preceito pode ser expressado em diferentes graus de intensidade, de modo que, consideradas as circunstâncias previstas em cada suporte fático, as consequências prescritas no preceito podem ser ampliadas, reduzidas e até mesmo suprimidas. Isso em um mesmo diploma legal, ou não. O ato de matar alguém, por exemplo, em razão das circunstâncias agravantes, atenuantes ou excludentes, pode ser considerado desde o mais hediondo dos crimes, punível mesmo com a morte, até uma conduta não só escusável, como legítima mesmo".

Dessa forma é que, a posse de um bem de uso comum para fins de moradia pode resultar na concessão do direito real de moradia (art. 5º da Medida Provisória nº 2.220/2001), em outro local, distinto daquele bem. Nesse caso, o elemento integrativo necessário é a concessão do título pela Administração Pública.

---

[194] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 37.

[195] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 71.

A autorização de uso também permite a regularização da posse para fins não residenciais:

> Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.
> § 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no caput deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4o e 5o desta Medida Provisória.

Assim, bem se vê que, embora no caso dos bens de uso comum a posse do particular não gere seus efeitos próprios e finais, pode gerar outros efeitos.

4.5.2 Um sentido para o art. 231 da Constituição Federal

O art. 231 da Constituição da República, ao pronunciar a "nulidade" da posse dos ocupantes de terra indígena, sem dúvida cometeu equívoco técnico. Afinal, sendo a posse um fato, não há como cogitar de sua validade ou nulidade.

Ademais, fato jurídico subsiste até mesmo à revogação da lei do qual resultou. Como bem explica Marcos Bernardes de Mello[196]: "o fato jurídico somente deixa de existir se desconstituído por um novo fato jurídico. A resolução, a rescisão e as demais formas de desconstituição dos fatos jurídicos são, em si, fatos jurídicos". Todavia:

> "eventualmente, a norma jurídica pode desconstruir fato jurídico. As conquistas da humanidade, no entanto, criaram limites a essa possiblidade, fazendo inserir em Constituições a imunidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada à retroeficácia das leis".

Foi assim que a Constituição Federal desconstituiu os negócios jurídicos que resultaram na concessão de títulos de posse aos ocupantes de terra indígena. Mas essa desconstituição não atingiu a posse, tanto que o dispositivo constitucional preservou alguns efeitos do fato jurídico – como a indenização das benfeitorias.

Dessa forma, não temos qualquer dúvida quanto à existência e eficácia da posse sobre bens públicos.

---

[196] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 71.

4.5.3 As benfeitorias realizadas pelo particular e a indenização

Pelo que dissemos, será perfeitamente possível a atribuição de efeitos à posse dos bens públicos. Cumpre examinar, aqui, a questão relativa à indenização das benfeitorias realizadas pelo particular.

As benfeitorias são classificadas conforme a sua essencialidade para o imóvel. Dispõe o Código Civil:

> Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
> § 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.
> § 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.
> § 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Embora o direito à indenização pelas benfeitorias seja uma eficácia gerada pelo fato jurídico da posse, é importante observar que infli diretamente sobre ela a natureza da posse exercida.

Ao possuidor de boa-fé é assegurada a indenização das benfeitorias úteis e necessárias, podendo levantar as benfeitorias voluptuárias, se não lhe forem pagas[197]. Já o possuidor de má-fé tem direito apenas à indenização das benfeitorias necessárias[198].

No que tange aos bens públicos, será decisiva a análise do caso concreto para a verificação da boa ou má-fé[199].

É certo que, todavia, nos casos envolvendo bens de uso comum será um tanto mais difícil configurar a boa-fé do possuidor do que nos casos que envolverem bens dominicais.

---

[197] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

[198] Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

[199] ARAÚJO, Bárbara Almeida. A posse dos bens públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 135.

4.5.3.1 Reflexões sobre o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946

Um dos maiores obstáculos ao reconhecimento da posse dos particulares ocupantes de bens públicos tem sido o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/1946[200].

Segundo Bárbara Almeida de Araújo[201], o dispositivo "poderia sugerir, a priori, que houve uma exclusão da caracterização de posse por parte do legislador, já que o ocupante poderia ser imediatamente despejado pela União, não existindo qualquer proteção possessória por meio dos interditos ou pela concessão de indenização às benfeitorias. Entretanto, não nos parece ser esse o melhor entendimento.". Segundo a autora, o dispositivo apenas classificou a posse sem a autorização da União como injusta, nos mesmos moldes da posse injusta do Código Civil.

A norma foi editada sob a égide do Código Civil de 1916, que reconhecia a justiça da posse com base em critérios de titularidade e afastava a proteção possessória contra o legítimo possuidor.

Diante do teor do parágrafo primeiro, apenas os ocupantes de boa-fé (para o decreto-lei, aqueles que ocupavam bens com a aquiescência da Administração) teriam direito à indenização. Os demais, ou seja, os que ocupassem bens sem a autorização do proprietário, seriam possuidores de má-fé.

A posse, segundo Pontes de Miranda,

> nada tem com o existir, ou não, o direito real, ou pessoal, a que pudesse corresponder. Essa correspondência mesma não existe. O que se fez e faz pensar-se nela é apenas o fato de existir no exercício de alguns direitos, que consiste em poder fático sobre coisas, o mesmo conteúdo que se observa em certos casos de posse[202].

Como se disse, a norma foi criada quando da vigência do Código Civil de 1916. Nesse diploma, em caso de conflito pela posse entre o possuidor e o proprietário, resolvia-se a causa a favor do proprietário. Nesse panorama, para a Fazenda Pública obter a reintegração ou manutenção de posse era suficiente a alegação de domínio para que lhe fosse deferida a posse.

---

[200] Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.
Parágrafo único. Excetuam-se dessa disposição os ocupantes de boa fé, com cultura efetiva e moradia habitual, e os direitos assegurados por êste Decreto-lei.

[201] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 117.

[202] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X, p. 80.

Ocorre que o Código Civil de 2002 – acolhendo a lição de Pontes de Miranda - não reproduziu o teor da segunda parte do art. 505 do Código anterior, que vedava a tutela da posse de quem não fosse proprietário, já que, no § 2° do art. 1.210, estabeleceu-se que "não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa".

Acertado, em nosso ponto de vista, o posicionamento de Bárbara Araújo[203], para quem,

> "a boa-fé, contudo, não deve ser analisada somente com base na existência de autorização por parte do poder público. Na verdade, não se pode esquecer que o decreto-lei foi promulgado em regime anterior à Consttiuição Federal de 1988, fortemente caracterizado pelos dogmas da supremacia do interesse público e da estrita legalidade".

De fato, classificar automaticamente como possuidor de má-fé todo e qualquer ocupante de bem público sem a autorização da Administração, sobretudo em alguns casos envolvendo bens dominicais, em que não há qualquer indicativo de pertencer ao Poder Público[204], afigura-se impróprio.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por mais absurdo que possa parecer, tem confundido tais detalhes. ,

Encontramos na jurisprudência do tribunal um julgado no qual se tratava de uma ação de reintegração de posse movida por particular que tinha permissão de uso de bem público e que, após a revogação da permissão, ainda ocupou o imóvel por algum tempo. Após ser desalojado, ingressou com ação de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização pelas benfeitorias e retenção do imóvel enquanto não houvesse o pagamento delas. Na primeira instância, o direito de retenção do imóvel foi negado, pelo fato de o termo de permissão de uso do bem público já estar revogado há quase dez anos. O Tribunal[205] considerou que:

> "a revogação do termo de permissão de uso descaracteriza a boa-fé do possuidor, transformando a posse em mera detenção. A partir daí, não há direito de retenção pelas benfeitorias úteis e necessárias".

O julgado entendeu que a partir do momento em que a posse deixa de ser de boa-fé (passando, logicamente, a ser de má-fé), ela deixa de ser posse. Essa

---

[203] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P.118.

[204] Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

[205] AgRg na MC 16.499/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 27/05/2010.

conclusão é equivocada, na medida em que, como já dissemos, a posse de má-fé não deixa de ser posse. A má-fé exerce influência sobre a eficácia, sobretudo quanto à indenização das benfeitorias.

A conclusão equivocada causa prejuízo ao ocupante, na medida em que lhe nega o direito à indenização pelas benfeitorias.

4.5.3.2 A indenização das benfeitorias necessárias

Dentre as possíveis eficácias da posse do particular sobre o bem público, a que mais chama a atenção é a da necessidade de indenização das benfeitorias.

No que toca às benfeitorias necessárias realizadas sobre bens públicos, a nossa posição é de que deverão ser indenizadas sempre que exista posse, ou seja, quando não incida uma cláusula de exclusão de juridicidade. Aqui, não importa se se trata de bem de uso comum, especial ou dominical.

Assim, o possuidor de um espaço de praça, onde por anos exerceu o comércio é possuidor de má-fé, pois, obviamente, conhece a existência de vício que impede a aquisição do bem. Essa circunstância não retira o direito à indenização pelas benfeitorias.

Tal se dá até mesmo em virtude do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

Se o Poder Público foi beneficiado por uma obra de conservação necessária realizada por um particular, deve indenizá-lo. Nem se argumente que Art. 90 do Decreto-lei 9.769/1946[206] seria empecilho ao pagamento da indenização. É que o artigo 90 está no capítulo III, seção I, que trata da locação de imóveis da União. Portanto, aplica-se somente aos imóveis locados.

Não bastasse isso, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa determina a obrigação de indenizar por parte do Poder Público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[207]:

---

[206] Art. 90. As benfeitorias necessárias só serão indenizáveis pela União, quando o S.P.U. tiver sido notificado da realização das mesmas dentro de 120 (cento e vinte) dias contados da sua execução.

[207] MELLO, Celso Antônio. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa no Direito Administrativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, **Instituto de Direito Público da Bahia**, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 25 de julho de 2011. p. 10.

> não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo nos parece, o enriquecimento sem causa – que é um princípio geral do Direito – supedaneia, em casos que tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido.

Segundo o autor, tal regra somente será afastada em caso de má-fé do administrado, em que fique provado o intuito fraudatório ou de obter vantagem indevida[208].

Tal diretriz é a mesma adotada pela Lei nº 8.666/1993, que admite a indenização do contratante, ainda que o contrato seja nulo[209]. Essa novidade legislativa, inclusive, poderia gerar o questionamento se o art. 90 do Decreto-lei nº 9.769/1946 estaria tacitamente revogado.

O Decreto-lei nº 9.769/1946 traz regime bastante gravoso ao particular, ao condicionar a indenização por benfeitorias à comunicação prévia da União. Já a lei de licitações, mais recente e editada já sob o regime democrático, não impõe condicionantes à indenização das benfeitorias, ainda que realizada com amparo em contrato nulo. A nova legislação alinha-se ao princípio da proibição de enriquecimento sem causa.

Outro traço marcante para que a benfeitoria seja indenizada é ter ela gerado uma utilidade para a Administração. No caso das benfeitorias necessárias, torna-se inútil questionar a esse respeito, já que toda benfeitoria necessária gera uma utilidade.

4.5.3.3 A indenização das benfeitorias úteis e voluptuárias

As benfeitorias voluptuárias não deverão ser indenizadas em quaisquer casos, segundo rege a própria legislação civil.

---

[208] Ibid., p. 12-13.

[209] Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Quanto às benfeitorias úteis, é necessário fazer algumas ponderações. A legislação civil somente assegura tal indenização aos possuidores de boa-fé (art. 1.219).

Bárbara Almeida de Araújo, defendendo a necessidade de indenizar o possuidor de boa-fé de um bem público não excepciona qualquer classe de bem[210]. É necessário fazer algumas ponderações, todavia.

No caso dos bens públicos de uso comum, segundo cremos, é difícil vislumbrar uma situação em que se configure a boa-fé do administrado em razão das próprias características do bem. Não se pode acreditar que um flanelinha, ao ocupar uma rua, acredite não existirem obstáculos à aquisição do bem por ele. Qualquer pessoa sabe que uma rua, uma praça, um parque, apenas para citar alguns exemplos, são imóveis pertencentes ao Poder Público e que jamais poderão adquiri-los. Logo, nesses casos, não poderá o particular exigir indenização das benfeitorias úteis.

No que tange aos bens de uso especial e aos bens dominicais, verificamos a necessidade de, além de existir boa-fé do particular, a obra ter gerado uma utilidade para a Administração (no caso da benfeitoria útil). Novamente, além de tratar-se de uma eficácia do fato jurídico da posse, acreditamos que essa possibilidade se fundamenta na vedação do enriquecimento sem causa. Até mesmo a doutrina estrangeira que encampou, ainda na década de 60, a aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa condiciona o dever de indenizar ao reconhecimento, pela Administração, da utilidade da obra[211].

José Nilo de Castro e Cássia Augusta Alves Amaral[212], em parecer sobre o tema, embora negando o direito à indenização das benfeitorias realizadas por um particular num imóvel público, chamam a atenção para o fato de que:

> Como regra, esses imóveis são construídos ao arrepio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente

---

[210] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 135.

[211] SANDULLI, Aldo. **Manuale di Diritto Amministrativo. 6.**ed. CEDAM, 1960. p.100.

[212] CASTRO, José Nilo de; AMARAL, Cássia Augusta Alves. Bem público: ocupação irregular: detenção: fundamento para a desocupação: comunicado para devolução do imóvel: negação: inexistência de direito de permanecer no imóvel ou de indenização: ação reintegratória: cabimento. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 12, n. 42, out./dez. 2011. Parecer. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76719>. Acesso em: 24 fevereiro 2012

> construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição.

Nesse caso, tendo sido realizada obra em confronto com a legislação urbanística, não há que se falar em indenização, em qualquer espécie de bem público.

Assim, à guisa de conclusão, podemos falar que o dever de indenizar as benfeitorias úteis dos possuidores de imóveis de uso especial e dominical existe quando 1) a utilidade da obra seja reconhecida pela Administração – ainda que implicitamente, e; 2) a obra não esteja em confronto com a legislação ambiental ou urbanística.

As benfeitorias voluptuárias, acreditamos, podem ser objeto de acordo entre a administração pública, através de processo administrativo em que fique demonstrada a correspondência entre os custos envolvidos e o valor da indenização paga. Dessa forma se permite que se realize o controle pelos órgãos de fiscalização.

4.5.4 O direito de retenção

Outro efeito decorrente do fato jurídico da posse é o direito de retenção até que as benfeitorias sejam indenizadas.

Tal direito abrange apenas retenção, pelo possuidor de boa-fé, das benfeitorias úteis e necessárias (art. 1.219 do Código Civil).

Entendemos que essa eficácia não alcança os possuidores de bem público de uso comum. É que, quanto a esses bens, a Administração exerce a chamada polícia do uso de todos, o que lhe confere direito de, sem necessitar recorrer ao Judiciário, retirar o possuidor da área.

Mas, e quanto aos imóveis de uso especial, aqueles restrito, “de modo a atender à execução ou apoio de atividades públicas”[213], poderia o particular retê-los?

Sabe-se que a jurisprudência tem mitigado o direito de retenção quando o autor da ação em que se pede a posse presta caução relativamente ao valor das benfeitorias[214]. Essa eficácia da posse deve ser analisada em conjunto com as

---

[213] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Op. cit.** p. 387

[214] AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CAUÇÃO IDÔNEA. RISCO IMINENTE OU DANO IRREPARÁVEL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

formas de tutela da posse. Assim, no próximo capítulo essa eficácia da posse será melhor trabalhada.

4.5.6 A tutela possessória

O efeito mais comum da posse é o da tutela possessória.

A tutela da posse serve justamente para "garantir a efetividade do direito de posse"[215] e seu fundamento é o princípio do *quieta non movere*[216].

O princípio do *quieta non movere* "consiste em não perturbar o que está tranquilo"[217]. Ou seja, as situações fáticas devem ser mantidas.

Não custa lembrar que naqueles bens que forem objeto de cláusula de exclusão de juridicidade, pelo fato de a tença do particular não ingressar no mundo jurídico, não há tutela possessória.

Tampouco os bens de uso comum, sujeitos à polícia do uso comum, serão objeto da tutela possessória.

Mas, nos casos em que existe posse do particular, até que ponto as situações fáticas devem ser preservadas em detrimento da coletividade?

Tais questionamentos serão objeto do próximo capítulo.

4.6 NOTA CONCLUSIVA

---

1. O Tribunal de origem, de modo expresso, consignou não haver risco iminente ou dano irreparável ao direito do recorrente (indenização por benfeitorias) ao manter a decisão que imitiu os recorridos/agravados na posse do imóvel, enfatizando que foi prestada caução idônea, conforme devidamente comprovado nos autos.
2. Para alteração da conclusão adotada pelo acórdão recorrido, tal como pretendido nas respectivas razões recursais, seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor do óbice contido no enunciado nº 7/STJ.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1379240/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

[215] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: RT, 2008, p.475.

[216] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. Tomo X, 1955. p. 54.

[217] PAMPLONA, Leandro Antônio. Antecipação de tutela nas ações possessórias e o princípio da quieta non movere. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 37, número. 205. março 2012. p. 89-113.

Tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência não reconhecem como posse a situação do particular que tem poder de fato sobre um bem público sem a autorização da Fazenda Pública proprietária do bem.

A doutrina que nega a possibilidade de posse de bem público por particular baseia-se em pressupostos equivocados ou em dispositivos legais revogados. No mesmo erro incorre a jurisprudência dominante.

Não há qualquer incompatibilidade entre posse e bens públicos.

No plano da existência, o poder de fato constituirá posse sempre que não exista cláusula de pré-exclusão de juridicidade, como, por exemplo, a estampada na Lei nº 9.985, de 2000 ou no art. 1.028 do Código Civil.

Os bens de uso comum, por suas características próprias, são menos suscetíveis de posse por parte do particular. Além disso, a própria posse é difícil de se configurar, ante a possibilidade de incidência de uma cláusula de exclusão de juridicidade do art. 1.028 do Código Civil.

A legislação brasileira que trata dos bens públicos fornece inúmeros exemplos de posse de particular sobre bens públicos.

No caso dos bens de uso especial e no dos bens dominicais, o problema, de acordo com a teoria do fato jurídico, não se coloca no plano da existência, e sim no plano da eficácia. A posse dos particulares sobre os bens públicos dominicais tem sua eficácia quase completa.

5 A TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS

5.1 INTRODUÇÃO

Como já demonstrado neste trabalho, posse é um fato jurídico *stricto sensu*[218] e é protegida em virtude do princípio da conservação do fático[219].

Como afirmamos no capítulo anterior, a posse do particular sobre bens públicos será admitida, excedo quando existir cláusula de pré-exclusão de juridicidade ou nas hipóteses do art. 1.028 do Código Civil.

Passado esse ponto, resta saber como se pode realizar a tutela processual tanto do particular como do Poder Público, proprietário do bem.

Há uma vasta legislação sobre o tema que traz dispositivos muitas vezes conflitantes.

Nosso objetivo, no presente capítulo, é propor formas de tutela dessa posse. Evidenciada que ela existe e que gera consequências, é importante descobrir como protegê-la.

De regra, a tutela pode ser material ou processual.

A tutela material da posse envolve os mecanismos que estão postos pelo direito material e que não dependem da intervenção judicial para que sejam concretizados, como o desforço imediato e, especificamente com relação aos bens públicos, a própria autotutela típica da Administração, que será tratada um pouco mais adiante.

Já a tutela processual da posse envolve os remédios judiciais, cujos mais comuns são: a) o interdito proibitório, b) a ação de manutenção de posse; c) a ação de reintegração de posse.

O interdito proibitório terá cabimento quando houver fundado receio de que o possuidor será molestado em sua posse.

A ação de manutenção de posse é a movida pelo possuidor turbado contra o perturbador. Já a ação de reintegração de posse é a movida pelo possuidor que sofreu esbulho e deseja recuperar a posse contra o invasor.

---

[218] Marcos Bernardes de Mello, fato jurídico stricto sensu é o fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 16º ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 133)

[219] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. Tomo X, 1955. p. 54.

Além desses instrumentos, o poder público sempre terá à sua disposição o uso da ação reivindicatória, cuja natureza, frise-se, é petitória, e não possessória, contra o particular – não importando a duração temporal da posse do particular.

Aqui, temos um ponto de tensão. De um lado, o particular ocupante de um imóvel público que, a depender da classe de imóvel, tem direitos a serem protegidos. De outro, a Fazenda Pública, com o encargo de realizar os interesses da coletividade.

5.2 A TUTELA DA POSSE: FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Várias são as teorias que buscam explicar o fundamento da tutela possessória. As mais conhecidas são a de Savigny e a de Ihering.

Para o primeiro, a posse é protegida porque toda ofensa a ela constitui uma ilegalidade, já que a violência é sempre uma ofensa ao direito. Já para o segundo, a posse deve ser protegida por se tratar de uma manifestação do domínio, no que a proteção possessória seria uma forma de proteger a propriedade[220].

Em sintonia com a posição de Savigny, está a opinião de Pontes de Miranda. A tutela da posse, segundo o autor, está fundamentada no princípio da *quieta non movere*. Aqui, "as relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, hão de conservar-se como são, exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem"[221]. A essa posição se alinham outros autores, como Adroaldo Furtado Fabrício[222].

Para Pontes de Miranda, a posse é um fato jurídico *stricto sensu,* e o princípio da conservação do fático (*quieta non movere*) é um princípio fundamental que exsurge em todo o mundo jurídico[223].

A proteção possessória, segundo Pontes de Miranda[224], irradia do fato jurídico *stricto sensu* que é a posse. Segundo o autor:

---

[220] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. VIII, tomo III, p. 385.
[221] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. Tomo X, 1955. p. 281
[222] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. VIII, tomo III, p. 385
[223] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. Tomo X, 1955. p. 54
[224] Ibid., p. 76

> "a proteção possessória não deve, todavia, confundir-se com a proteção que se confere quando há suporte fático em que um dos elementos é a posse. Aí, o direito, a pretensão ou a ação não emana da posse, fato jurídico *stricto sensu*, e sim do fato jurídico resultante de suporte fático em que há posse + x".

Assim, com o fito de recuperar a posse perdida ou evitar sua perda, pode o Poder Público socorrer-se das possessórias.

Já quando pretender retirar um particular de um imóvel seu, pode utilizar-se da reivindicatória, quando seu pedido fundar-se apenas no fato de ser proprietário, ou da ação possessória, quando o fundamento de seu pedido for a posse que foi retirada (esbulho) ou dificultada (turbação). Há, ainda, a possibilidade de uso da autotutela, a qual será tratada mais à frente, resultado da autoexecutoriedade de que gozam os atos da Administração Pública.

Na ação reivindicatória, opõe-se o *ius possessionis* (direito de possuir) ao *ius possidendi* (direito à posse). O titular do domínio do bem solicita a posse com base no domínio. Por não se tratar de tutela possessória, trataremos da ação reivindicatória apenas de forma incidental, quando a tutela do domínio impactar na posse do particular.

Já na ação possessória, a discussão deve limitar-se à posse.

Como se viu, de regra, o particular ocupante de bem público sem autorização expressa da Administração é considerado pela jurisprudência como "mero detentor", sem direito ao recebimento de qualquer indenização. Ou seja, seguindo-se o que a jurisprudência preceitua, ao particular é vedado o uso das ações possessórias, salvo se tiver um título jurídico que o autorize a ocupar o bem.

Mas, superada essa questão, com o estudo efetuado nos capítulos anteriores, que demonstram os equívocos dessa corrente doutrinária e jurisprudencial, algumas questões se colocam.

As ações possessórias, como se lê do teor do art. 922 do CPC, admitem pedido contraposto. Nelas, o réu pode pedir proteção possessória e, ainda, indenização pela agressão à sua posse, ou mesmo a fixação de "pena para futuras agressões à posse ou o desfazimento de plantações e construções"[225].

A primeira questão é como compatibilizar os efeitos da posse do particular sobre um dado bem público com o regime jurídico desse bem. Por exemplo,

---

[225] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. VIII, tomo III,.p. 417

devemos analisar em quais situações o particular poderá ser mantido na posse de um imóvel, além de casos em que não fará jus à proteção possessória.

Uma segunda questão que se impõe é a de moldar formas de tutela dessa posse do particular que permitam assegurar os direitos decorrentes do fato jurídico da posse de forma efetiva. De nada adiantaria a lei dar direito à concessão de uso para fins de moradia, por exemplo, e o particular não dispor de meios de efetivar esse direito.

5.3 TUTELA MATERIAL DA POSSE E AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A par dos meios processuais de proteção da posse, existem outras formas de tutela.

Assim, tendo conhecimento de que um particular ocupa imóvel seu, à Fazenda Pública se abrem alguns caminhos com vistas à reintegração de posse da área.

Diante da posse do bem público por um particular, nasce a pretensão do Poder Público de ver observado o seu direito de posse daquele imóvel, como corolário do direito à propriedade. Como veremos, existe mais de uma opção posta à frente da Administração quando ela se encontra nessa situação.

5.3.1 Autoexecutoriedade, desforço imediato e autotutela

Questão interessante surge quando indagamos acerca da necessidade ou não da Fazenda Pública ingressar com ações possessórias para obter a reintegração da posse de áreas suas ocupadas por terceiros diante da autoexecutoriedade que lhe é peculiar.

De logo, deve-se dizer que não se está a falar aqui do desforço imediato. Este, sem dúvida, pode ser praticado pela Administração para evitar a invasão de seus bens ou mesmo retirar os invasores “logo” após a turbação ou esbulho. Assim, diante da ação de invasores, tem a Administração a possibilidade de agir para retirá-los sem necessidade de ordem judicial. Contudo, a ação tem que ser imediata, segundo o Código Civil (art. 1.210):

O conceito de “logo” estampado no § 1º do art. 1.210 do Código Civil equivale a imediatamente após o proprietário saber da ameaça ou do esbulho.

A questão é: tendo ciência de que existem invasores há bastante tempo, a Administração pode agir por conta própria? A resposta poderá ser encontrada analisando-se a doutrina administrativista nacional e estrangeira.

Hely Lopes Meirelles[226] afirma que a imperatividade é um atributo dos atos administrativos. Esse atributo impõe a coercibilidade para o cumprimento das ordens emanadas pela Administração. Segundo ele, o particular que não cumpre a ordem está sujeito a sofrer a execução forçada por parte da administração ou pelo Judiciário. No primeiro caso, seriam os atos autoexecutáveis. No segundo, quando a administração tenha de se socorrer do judiciário, o ato não seria autoexecutável.

Assim, a autoexecutoriedade consistiria na “possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”[227]. A questão que se põe é saber quais os atos que estão sujeitos à autoexecutoriedade. Segundo Hely Lopes Meirelles, seguindo a doutrina de Bielsa, para os atos próprios da Administração a autoexecutoriedade está permitida. Para os impróprios (como a cobrança de tributos) será necessário o recurso ao Judiciário. Assim, ainda persiste dúvida se na situação em análise existirá o poder extroverso.

Celso Antônio Bandeira de Mello[228] entende que os atributos dos atos administrativos só podem ser manejados “para a realização do interesse público e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-lo”. Após diferenciar executoriedade de exigibilidade, afirma que esta é a “qualidade pela qual o Poder público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”. Em conclusão, entende que a autoexecutoriedade só pode ser utilizada quando exista previsão expressa em lei e for condição indispensável para a garantia do interesse público numa determinada situação.

---

[226] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 16.ed. 2ª tiragem. 1991. p. 137.

[227] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 16.ed. 2ª tiragem. 1991. p. 137.

[228] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 389-391.

Seabra Fagundes[229], sem mencionar a necessidade de previsão legal, entende que a autoexecutoriedade só tem cabimento quando *"as circunstâncias indicam a necessidade premente da obtenção do fato ou da coisa".*

Merece registro ainda a posição de Alexandre Santos Aragão, para quem

> a autoexecutoriedade não dispensa, no entanto, que seja conferido ao particular, em sede administrativa, prévio direito de ampla defesa e contraditório, para defender-se do possível ato de polícia. Uma vez findo esse procedimento, poderá, aí sim, ser o ato de polícia implementado diretamente pela Administração[230].

Mas a necessidade de prévia notificação, como bem demonstrado pelo autor, não se aplica aos casos urgentes.

Assim, podemos dizer, sem dúvida, que o uso da autoexecutoriedade para a desocupação de bem público ocupado por particulares só pode ser realizado quando exista urgência na adoção da medida. Mas, será isso suficiente?

Sobre a autotutela da Administração e a gestão dos bens públicos, José Cretella Jr, amparado na doutrina de Marienhoff, entende que, por se tratar de medida excepcional, só cabe mediante três requisitos: a) a natureza pública do bem, ou seja, que o Poder Público seja o titular do bem, e; b) se trate de bem público de uso comum ou especial. Segundo o autor, "é preciso que os bens tutelados sejam dominais e nunca do domínio privado do estado, visto que, do contrário, estaria configurado o desvio de poder" [231].

Concordamos com essa posição, entendendo que, no que tange aos bens dominicais, não há espaço para a desocupação pela via administrativa.

Quanto aos bens de uso comum, importante registrar que a administração desempenha, sobre essa classe de bens, a chamada polícia do uso de todos. Trata-se da possibilidade de o poder público promover medidas para retirar, até mesmo a força, eventuais invasores, com o fito de assegurar o uso do bem pela população em geral. Isso não exclui, todavia, a possibilidade de socorro ao Judiciário quando entender pertinente[232].

---

[229] FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 246.

[230] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 194-195.

[231] CRETELLA JR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 117.

[232] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12.ed. São Paulo: RT, 2008. Pag. 133

Dessa forma, a desocupação de uma praça, um parque, ou de uma praia pode ser realizada pela própria Administração proprietária do bem.

Quanto aos bens de uso especial, existem algumas peculiaridades que devem ser comentadas.

Em relação à União, a questão se mostra mais fácil de ser resolvida em virtude do que dispõe o Decreto-lei 9.760, de 1946. Tal diploma é o que dispõe sobre os bens imóveis da União. Segundo o art. 20: "aos bens imóveis da União, quando indevidamente ocupados, invadidos, turbados na posse, ameaçados de perigos ou confundidos em suas limitações, cabem os remédios de direito comum".

Diz o texto que nos casos de esbulho ou turbação de imóveis da União, cabem os remédios de "direito comum". Como se sabe, o direito administrativo é um direito especial, criado para retirar o Poder Público das limitações do "direito comum"[233] .

Nesse panorama, não temos dúvida que a expressão direito comum remete às disposições do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Ou seja, a União, não agindo "imediatamente" após a invasão de seus imóveis (caso do desforço imediato), tem a necessidade de ingressar em juízo para obter a reintegração.

A União, como ente federativo, gozando da competência que detém para legislar sobre seus bens, abriu mão da utilização da autoexecutoriedade dos atos administrativos com relação aos seus bens. Essa restrição não se aplica a outros entes federativos. Do contrário, a autonomia dos entes federativos seria violada.

Assim, quanto aos estados e Municípios, entendemos que a auto-executoriedade permite que a Administração retire os invasores dos bens de uso especial. Todavia, não há na legislação um prazo fixado para que isso ocorra.

Entendemos, nesse caso, que passado mais de um ano e dia da invasão, a administração deve recorrer ao Judiciário. É que esse é o prazo para a ação de força nova. Dito em outras palavras, dentro desse prazo, se presume a urgência da

---

[233] A submissão da Administração a regras próprias (diferentes das do direito comum) e a jurisdição própria (também diversa da jurisdição comum teve o propósito de afastar a aplicação do direito comum. O administrativista português Antônio Francisco de Sousa observa que a França, país em que é apontada a origem do Direito Administrativo, consagrou a separação da jurisdição comum e da jurisdição administrativa desde 1790. As razões dessa separação não tinham qualquer cunho garantista: buscava-se evitar que "a intervenção dos tribunais pusesse em perigo os interesses criados pela Revolução (bens da nobreza, do clero etc.)" (SOUSA, António Francisco. **Fundamentos Históricos do Direito Administrativo**. Lisboa: I Editores. 1995. p. 230.)

medida, tanto que, se o poder público ingressar com a ação, a concessão da liminar é imediata:

> "Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

Esse é um prazo razoável que o legislador fixou para a ação do possuidor e que, diante da auto-executoriedade da Administração, entendemos que ela pode agir sem intervenção judicial.

Ademais, se a urgência é requisito para o uso da auto-executoriedade e a lei processual presume existir urgência quando a reação ao esbulho ou turbação se dá nesse prazo, a regra do CPC pode ser aplicada analogicamente ao caso.

Passado esse prazo, não há urgência. Com isso, a desocupação estaria submetida à análise, pelo magistrado, da urgência, bem como dos demais aspectos exigidos para a antecipação de tutela. Aqui, a Administração terá de comprovar o seu direito e a urgência na desocupação.

Não se diga que se trata de interpretação absurda, já que em outros países a orientação é a mesma.

Na Espanha, segundo Fernando Garrido Falla[234] – catedrático emérito da Universidade Complutense de Madrid e Juiz do Tribunal Constitucional da Espanha - , a jurisprudência se firmou no sentido de que a Administração dispõe do prazo de um ano e dia – em analogia ao prazo conferido para o manejo dos interditos pelos particulares – para realizar a desocupação do bem. Após esse prazo, deve buscar o Judiciário.

Há, todavia, um caso que mesmo dentro desse prazo de um ano a Administração estadual e municipal não poderá agir sem ordem judicial. Trata-se da situação na qual o ocupante tenha no imóvel público a sua casa. É o que se extrai do art. 5º, inc. XI, da CF: "XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial";

---

[234] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Tecnos, 2002. vol. II, p. 548-549.

É de se perguntar: e quando, não se tratando de casa do ocupante, houver menos de um ano e um dia da invasão, o poder público não terá interesse de agir para entrar com ação?

Entendemos que mesmo nesses casos Estados e Municípios poderão, por uma questão de segurança jurídica, recorrer ao Judiciário. Afinal, o Código Civil, quando trata do desforço imediato, usa a expressão "poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força", o que não impede o uso das ações possessórias. Assim, o interesse de agir na ação possessória persiste.

Se o particular, até mesmo o ocupante de bem público de uso especial, que exerce moradia no bem pode pleitear a concessão de direito real de uso para fins de moradia e obter o título em juízo, contra a vontade do ente titular do bem, nada mais natural que, exercendo a moradia, apenas uma ordem judicial tenha o condão de retirá-lo de lá, o que não se aplica, como se disse, aos bens de uso comum.

Assim, em conclusão, podemos afirmar que, no caso de bens da União não poderá ser utilizada a autoexecutoriedade para realizar reintegração de posse em virtude de determinação legal.

Quanto aos Estados e Municípios, será permitido o uso da auto-executoriedade, desde que não tenha decorrido o prazo de ano e dia da invasão e que o local não sirva de domicílio do invasor, além de existir urgência na desocupação.

No caso de bens dominicais ocupados, a Administração Pública não pode, ela própria, despejar os ocupantes. Tal se dá em virtude da não-afetação a qualquer finalidade pública que marca essa classe de bens. Assim, não haverá interesse público a ser atendido.

Vale relembrar que, servindo o local de domicílio do invasor, será necessário o recurso ao Poder Judiciário.

5.4 TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE

Compreendido o fundamento da posse e visto quais os casos em que a Administração pode se valer da tutela material da posse, cabe explorar a tutela jurisdicional da posse.

Antes, necessário compreender o sentido de tutela.

Uma corrente majoritária, dentre os quais se encontram Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Bedaque e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, assim entende:

> "a tutela não se confunde com o serviço prestado pelos juízes no exercício da função jurisdicional, com a jurisdição em suma. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas. Tutela plena só existe para o vencedor, não para o vencido. Para o vencido, a tutela consiste em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da tutela devida ao vencedor"[235].

Mas, ao contrário de Dinamarco, cuja percepção de tutela tem um foco específico nas pessoas, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende que a tutela não pode ficar alheia ao fenômeno jurídico. Assim, para o autor "tutela jurisdicional é "o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando a proteção do patrimônio jurídico. E este tanto pode ser o direito material como o direito processual"[236]. Dessa forma, parece certo que "há tutela mesmo quando julgado improcedente o pedido, visto que, nesse caso, restará protegida a posição substancial do demandado".

No presente trabalho, tomaremos o termo *tutela* como sinônimo de *proteção ao patrimônio jurídico*. Assim, cuidaremos da proteção jurisdicional que se dá aos efeitos que brotam fato jurídico da posse.

A posse do Poder Público, decorrente da propriedade do bem, deve ser tutelada tanto quanto a posse natural, exercida pelo particular. Essa distinção quanto à natureza da posse, em que pese tenha sido importante no direito romano, em nada afeta a proteção possessória em nosso direito[237].

Aqui, a tutela da posse será tomada num sentido mais amplo, que abrange não só a tutela da posse como situação fática (*jus possessionis*), como também dos demais efeitos jurídicos decorrentes dessa situação, como a indenização pelas benfeitorias.

---

[235] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 103.
[236] Ibid., p. 108
[237] CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 42 a 43.

5.4.1 A função social da posse como pressuposto da tutela da posse e da propriedade

Como se disse, a tutela da posse baseia-se primordialmente no princípio do *quieta non movere*. A necessidade de manter as situações de fato constituídas no tempo revela, por si só, fundamento para a tutela possessória[238].

Ocorre que, desde a Constituição da República de 1988 muito se tem discutido acerca da necessidade ou não do cumprimento de outros requisitos, por parte do possuidor, para que a sua posse seja protegida.

Ao mesmo tempo, todo o Direito Civil, sobretudo o direito das coisas, tem passado por uma mudança, que consiste na despatrimonialização do direito, trazendo a pessoa, e não os bens, para o centro do sistema jurídico[239]. Nessa tarefa, papel importante cabe à função social da propriedade (e da posse).

Nesse sentido, diversos autores têm colocado a função social da posse como pressuposto da tutela possessória. Trata-se de realizar uma releitura da tutela processual da posse[240].

Segundo Fredie Didier Jr[241], não obstante as já conhecidas características da tutela da posse, deve-se observar a necessidade de obediência, por parte do solicitante de tutela jurisdicional, do princípio da função social da propriedade.

Para o autor, a função social da propriedade é uma cláusula geral que rege a atividade econômica[242]. Segundo o autor[243]:

> pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade.

---

[238] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66.

[239] ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. **A relação jurídica real no direito civil contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas**, Ano de obtenção: 2010. Orientador: Profª. Dra. Fabíola Santos Albuquerque. p. 99.

[240] DIDIER JR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, número. 161, julho 2008. p. 19.

[240] Ibid., p. 12.

[241] Ibid., p. 9-20.

[242] Ibid., p. 12.

[243] Ibid., p. 18.

Assim, a tutela da posse teria como pressuposto o cumprimento da função social da propriedade[244].

Desperta certa discussão se a função social da propriedade (ou da posse) pode ser exigida do Poder Público ou não, havendo na doutrina posições em diversos sentidos.

Impende registrar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro[245], em interessante estudo, já se posicionou no sentido de que a função social da propriedade deve ser exigida também dos entes públicos. No mesmo sentido, Barbara Araújo[246], em recente tese sobre a posse dos bens públicos, também coloca a função social da propriedade como exigível do Poder Público.

Importante refletir, contudo, acerca da situação em que litigam pela posse de um bem público, de um lado, um particular sem autorização da administração e, de outro, o ente público proprietário do bem.

Como sabemos, a administração poderá utilizar-se eternamente da ação reivindicatória, dado que seus bens não são passíveis de aquisição por usucapião.

Assim, de acordo com esse ponto de vista, sempre que um imóvel público fosse possuído por um particular, com o cumprimento da função social da propriedade, não haveria espaço para o manejo da pretensão reivindicatória (ou reintegratória) pelo poder público. Apenas amparado pela função social da propriedade é que o poder público teria sua propriedade (ou posse) tutelada.

Mas, há nessa posição um evidente paradoxo diante da prerrogativa conferida ao poder público de expropriar bens. Se o poder público pode – sem que se discuta acerca da função social – retirar do particular a propriedade sobre um bem, seria absurdo exigir que para recuperar a posse de um bem público o estado houvesse de demonstrar o cumprimento da função social da propriedade.

Assim, há que se equilibrar a necessidade de conferir à função social o papel de pressuposto da tutela da posse com a prerrogativa do poder público de realizar desapropriações.

É que, se a administração pública pode retirar do particular o domínio, sem que se cogite quanto ao cumprimento ou não da função social (nas desapropriações

---

[244] Ibid., p. 9-20.
[245] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista de Direito do Estado**. Salvador. 2006, p. 5.
[246] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 118.

por necessidade ou utilidade pública e interesse social) soaria estranho que não pudesse retirar a posse do cidadão que ocupa bem público.

Ainda que, interpretando sistematicamente a Constituição, se chegue à conclusão que mesmo nas desapropriações deve existir função social, a existência ou não de funcionalização do imóvel expropriado só pode ser aferida após a consumação da desapropriação.

Oportuno registrar que a exigência da demonstração do cumprimento da função social da propriedade, sobretudo no caso dos bens dominicais, traria enormes dificuldades à própria atividade de administração do patrimônio público.

Imaginemos que a Administração tenha conhecimento de que um grupo de pessoas invadiu um terreno baldio, para cujo aproveitamento a Administração não possui sequer projeto. Imediatamente após a invasão, a Administração ingressa com a ação de reintegração de posse, solicitando a concessão da liminar. Como, nesse caso, demonstrar o cumprimento da função social?

A exigência de tal pressuposto inviabilizaria a administração dos bens públicos, constituindo num estímulo à invasão desordenada de áreas públicas ainda não aproveitadas.

Diante do exposto, acreditamos que tal pressuposto deve ser aplicado somente às ações de força velha, quando da análise de eventual tutela antecipatória.

Assim, entendemos que, nas ações de força velha, qualquer que seja o bem envolvido na demanda, deve ser demonstrada, por parte da fazenda pública, o cumprimento da função social da propriedade ou da posse. É certo que, nos bens de uso comum será bem mais fácil demonstrar o cumprimento da função social do que num bem dominical. Afinal, a tutela jurídica da posse se justifica como instrumento concretizador da função social da posse[247].

Já nas ações de força nova, não há como se exigir o cumprimento de tais requisitos só deve ser exigido quando se tratar de bens dominicais. É que, nas outras classes de bens, dentro do prazo estipulado para o ajuizamento da ação de força nova a Administração poderia até mesmo realizar a desocupação administrativa, de modo que exigir na via judicial a demonstração de requisitos não estabelecidos para a ação administrativa soaria pouco lógico.

---

[247] DIDIER JR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, número 161, julho 2008. p. 17.

5.4.2 Da necessidade de uma tutela adaptada às necessidades do direito material

Como se viu, a tutela da posse dos imóveis públicos reclama do aplicador do direito uma análise detalhada das peculiaridades do caso concreto.

A jurisprudência, todavia, tem negado qualquer tutela à posse do particular e, mais ainda, utilizado o art. 71 do Decreto-Lei 9.760/46 como norma autorizadora de despejos sumários, não importando se o particular ocupa o imóvel há pouco ou muito tempo.

Para o Superior Tribunal de Justiça[248], como já demonstrado, qualquer ocupação de imóvel público sem a autorização da União resultará na desocupação imediata do bem, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário.

Como se vê, o dispositivo citado tem sido suficiente para resolver qualquer conflito pela posse de imóvel público. Mas, diante do que foi demonstrado no capítulo anterior, há uma clara ausência de tutela da posse do particular, embora ela exista e gere efeitos jurídicos.

---

[248] ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.
[...]
7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo.
[...]
9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita ("grilagem", na expressão popular), que não gera - nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a *mens legis*, estimular tais atos condenáveis - direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ.
10. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/46, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916.
(REsp 808.708/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 04/05/2011)

Essa ausência de tutela encontra-se totalmente desconectada do direito material e do reconhecimento de eficácia à posse do particular sem o assentimento do proprietário do bem.

Assim, se o direito material permite que as benfeitorias do particular sejam indenizadas, esse direito deve ser exercido concretamente em juízo pela forma mais adequada no plano do direito processual[249].

É preciso, todavia, atentar para a finalidade do direito processual, não esquecer que "o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. A margem de liberdade que se lhe deixa é pequena, mas existe"[250].

Assim, o processo deve andar em sintonia com o direito material que reclama proteção. Essa mudança vem ocorrendo nos últimos anos e, é bom que se ressalte, "a percepção de que era necessário alterar o modelo metodológico do estudo do direito processual, aproximando-o das peculiaridades ditadas pelo direito material, não surge simplesmente dum ato de vontade, mas da necessidade de ajustar o processo ao contexto sociopolítico hodierno"[251].

Tal afirmação se impõe ainda mais no caso da tutela da posse dos imóveis públicos, na medida em que essa posse pode deflagrar os mais diversos efeitos jurídicos.

Além dessas, outras questões se impõem, como a de saber se é possível, numa possessória movida pelo particular contra o Poder Público envolvendo um bem de uso especial, restringir a discussão apenas à posse. Ou, ainda, como compatibilizar o direito à retenção por benfeitorias do possuidor de boa-fé com as características desses bens e a necessidade do Poder Público de dar aproveitamento ao imóvel.

Assim, abre-se ao magistrado um espaço de conformação do processo às nuances do direito material.

Há quem justifique essa possibilidade diante de um direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Para Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional tem incidência no processo para impor ao juiz o dever de dar efetividade às regras

---

[249] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 89.

[250] MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações.** 1.ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I. p. 140.

[251] MURITIBA, Sergio. **Ação executiva latu sensu e ação mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

de direito material, extraindo das regras processuais a maior potencialidade possível[252].

Um segundo fundamento para essa postura é encontrado no princípio da adaptabilidade. A adoção desse princípio traz a "necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material"[253].

Segundo Carlos Alberto de Oliveira[254], a adequação apresenta-se sob três aspectos primordiais, o subjetivo, objetivo e teleológico. Esses são os principais fatores de adaptação.

No aspecto subjetivo, leva-se em conta os sujeitos participantes da relação processual. Já "no que tange ao aspecto objetivo, a natureza do bem jurídico material objeto do processos influi de modo marcante no seu regramento"[255]. É o que permite pensar numa tutela diferenciada de acordo com cada classe de bens públicos.

Não acreditamos que um bem público abandonado e sem qualquer finalidade pública mereça tutela jurisdicional idêntica à prestada quando envolver uma praça ou um parque que serve à comunidade.

No aspecto teleológico, adequa-se a tutela jurisdicional de acordo com as finalidades perseguidas pelo ordenamento.

Como se viu, há necessidade de moldar a tutela jurisdicional da posse de acordo com o tipo de bem público objeto do litígio, bem como de acordo com as características da tença do particular, pois "só podemos encontrar a técnica processual adequada se soubermos os resultados substanciais que ela deve alcançar e, por sua vez, só podemos encontrar esses resultados se investigadas as relações jurídicas materiais carentes de proteção"[256].

Assim, mostra-se "indispensável a quebra da rigidez das formas clássicas de prestação da tutela jurisdicional"[257].

---

[252] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo/Luiz Guilherme Marinoni. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. I, p. 133.
[253] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.
[254] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.
[255] Ibid, p. 117.
[256] MURITIBA, Sergio. **Ação executiva latu sensu e ação mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 122.
[257] Ibid., p. 94.

De nada adiantaria a lei assegurar o direito à concessão de uso para fins de moradia[258], se não existirem meios ao particular de permanecer no imóvel que ocupa enquanto o processo tramita. Da mesma forma, soaria estranho assegurar a reintegração de posse de um particular que ocupa bem público de uso comum, em prejuízo de toda a comunidade.

Ou, ainda, parece incongruente negar ao particular ocupante de bem público dominical o direito à indenização de benfeitorias – como faz a jurisprudência majoritária – quando a própria Constituição reconhece esse direito aos ocupantes de bem de uso especial, como as terras indígenas[259].

Dessa forma, acreditamos que a tutela da posse, quando envolve imóveis públicos, não pode seguir a mesma lógica que orienta a tutela da posse de imóveis privados. Diante disso, a partir daqui é que se analisarão esses pontos de tensão e as formas de solução de conflitos.

5.5 A TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE DA ADMINISTRAÇÃO

Segundo Pontes de Miranda[260], o proprietário, quanto aos seus bens, tem o direito de "reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Injustamente possuir é ter consigo o bem sem *ius possidendi*", caso em que o fundamento é a propriedade do bem. Como já dissemos, essa ação é cabível para qualquer tipo de bem público.

Mas, interessam ao nosso estudo aquelas ações que têm fundamento na posse.

A ação possessória de reintegração de posse pode ser de força nova ou de força velha. Na ação de força nova, o esbulho ocorreu há menos de um ano e um

---

[258] Vide a MP 2.220/2001: Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, **tem o direito** à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

[259] Vide o art. 231, §6º da Constituição Federal: § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

[260] MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Capinas: Bookseller. 1999. Tomo VII, 133.

dia. Nesse caso, o autor alega que detinha a posse do imóvel e esta lhe foi retirada pelo réu.

Nos casos em que o Poder Público sofra turbação, não vemos qualquer dificuldade na tutela jurisdicional da posse. Já nos casos em que tenha sofrido esbulho, deve a Administração, além de demonstrar que detinha a posse e sofreu esbulho, demonstrar a realização da função social da propriedade.

Cabe analisar as possibilidades dessa tutela tomando em conta a classe de bens envolvida.

5.5.1 Ação de "força nova" movida pelo Poder Público – concessão da liminar nos termos do art. 928

Nas ações de força nova movidas pelo Poder Público, nenhuma dificuldade vislumbramos na aplicação dos preceitos do Código de Processo Civil.

Nesses casos, a concessão da liminar em favor do Poder Público obedecerá ao que dispõe o art. 928 do CPC, sem que se apresente qualquer dificuldade quanto a isso.

Necessário atentar para a o que diz Antônio Carlos Marcato[261]:

> "medidas antecipatórias específicas contempladas pelo art. 928 do Código de Processo Civil (tutela de evidência) não coincidem plenamente, em seus objetivos e pressupostos, com aquela prevista, em caráter geral, no art. 273 do mesmo diploma legal"[262]. Importante diferenciar que "enquanto esta torna possível ao autor usufruir praticamente da situação de titular de direito ainda não reconhecido definitivamente, a finalidade daquelas é exclusivamente a de propiciar a rápida obtenção do resultado prático do processo, sem qualquer ligação com o perigo de dano concreto à satisfação do direito".

Quando o particular tem a posse do imóvel público por pouco tempo, não haverá qualquer possibilidade de obter judicialmente uma sentença que lhe permita permanecer no imóvel (através da concessão de uso para fins de moradia, p. ex.). Assim, nesse caso, a concessão da liminar requerida pelo poder público deve ser realizada sem qualquer avaliação acerca da ocorrência de dano ao réu, o que só será viável quando se tratar de antecipação de tutela.

Assim, presentes os requisitos do art. 926 e 927, deve o juiz conceder a antecipação, independentemente da possibilidade de causar dano ou de prática de

---

[261] Ibid., p. 149.
[262] MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 149.

ato protelatório pelo réu, visto que tais requisitos são exigidos apenas no art. 273 do CPC[263].

O problema, como se verá, se dá nas ações de força velha, em que o particular tem a posse do imóvel e a sua situação jurídica já se encontra estabilizada por tempo relativamente grande.

5.5.2 Ação de "força velha" movida pelo Poder Público e a concessão de antecipação de tutela – necessidade de adaptação do procedimento

Nas ações de força velha, como não cabe a concessão da liminar possessória (art. 928), o Poder Público pode solicitar antecipação de tutela.

Nesses casos, Poder Público deverá, para tanto, demonstrar, além dos demais requisitos do art. 273, o cumprimento da função social da propriedade.

Há quem defenda que, configurada a posse do particular, não deve ser concedida antecipação de tutela em favor da Administração, devendo a posse ser decidida apenas na sentença, ocasião em que o magistrado deveria avaliar a melhor posse com base nos direitos fundamentais em conflito e na função social da posse[264].

Entendemos que há situações em que será possível[265] – e até mesmo necessária – a concessão de antecipação de tutela ao Poder Público. Embora possível a antecipação de tutela nesses casos, deve-se ter em mente que observar que:

> distribuída após um ano e dia, ou seja, de forma tardia, a demora na busca da modificação fática configura a ausência de urgência, bem como a presunção da boa-fé do possuidor. Por esse motivo, a antecipação de tutela, ainda que possível para os casos de posse velha, deve ser tratada como forma excepcionalíssima na prática forense, principalmente em respeito ao princípio da *quieta non movere*[266].

---

[263] Ibid., p. 149.

[264] ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 136-137.

[265] CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção processual da posse**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 321.

[266] PAMPLONA, Leandro Antônio. Antecipação de tutela nas ações possessórias e o princípio da quieta non movere. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 37, número 205, março 2012. p. 89

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, não reconhecendo a posse do particular sobre bem público, já decidiu até mesmo pela possibilidade de liminar possessória em favor do Poder Público, mesmo nos casos de posse velha[267]. No caso, os réus ocupavam desde 1996 a área às margens do reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguari, inaugurada em 1972[268]. A ação foi ajuizada em 2004 e, mesmo assim, foi concedida a liminar possessória.

O julgado, em nosso entendimento, merece censura.

Como dissemos, em decorrência do tempo decorrido, a *quieta non movere* atua em favor do particular, fazendo com que a Fazenda Pública, ao solicitar antecipação de tutela possessória, tenha o ônus de comprovar o preenchimento dos requisitos do art. 273 do CPC e do cumprimento da função social da propriedade.

5.5.2.1 Bens de uso comum:

Quando o conflito envolve essa classe de bens, não há dificuldade na demonstração, por parte da Administração Pública, do cumprimento da função social.

É que, como já ressaltamos, trata-se do mais alto grau de afetação de um bem a uma finalidade pública.

Nas situações em que há sobre o bem cláusula de exclusão de juridicidade, em que não há posse do particular, entendemos possível aplicar o art. 71 do Decreto 9.760/46. Nesses casos, se não há posse, não há que se falar em qualquer direito do particular.

---

[267] DIREITO PROCESSUAL CIVIL E REAIS. RECURSO ESPECIAL. POSSE DE BEM PÚBLICO OCUPADO SEM PERMISSÃO. INVIABILIDADE. LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, TENDO POR OBJETO ÁREA OCUPADA HÁ MAIS DE ANO E DIA. POSSIBILIDADE.
1. O artigo 1.208 do Código Civil dispõe que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".
2. A jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, é firme em não ser possível a posse de bem público, constituindo a sua ocupação mera detenção de natureza precária.
3. Portanto, no caso vertente, descabe invocação de "posse velha" (artigo 924 do Código de Processo Civil), para impossibilitar a reintegração liminar em bem imóvel pertencente a órgão público.
4. Recurso especial não provido.
(REsp 932.971/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 26/05/2011)

[268] Informação obtida no site da concessionária de energia: http://www.cesp.com.br/portalCesp/portal.nsf/V03.02/Empresa_Historia?OpenDocument.

Diversamente, situações em que o particular ocupa o bem em razão de uma autorização da administração, todavia, há que se ter maiores cuidados. Nesses casos, além da exigência de demonstração do cumprimento da função social, eventual pedido de tutela antecipada deve conter justificativa mais robusta (nulidade do título etc). Caso esses requisitos não sejam demonstrados e a Administração tenha a premente necessidade de recuperar a posse do bem, ela só terá a opção de desapropriar o direito decorrente daquele título (autorização de uso, concessão de uso ou de serviço público etc).

Já naquelas situações em que é possível a posse do bem (em razão de não existir cláusula de exclusão), mas o particular não tem a autorização do proprietário do bem, é possível a antecipação de tutela em favor do poder público, devendo a sentença decidir acerca das benfeitorias.

Como se disse, apenas os possuidores de boa-fé tem direito de retenção até o pagamento das benfeitorias. Ainda que possível em tese a posse de boa-fé de um bem de uso comum (o que temos dificuldade de imaginar num caso concreto), o direito de retenção será ineficaz, haja vista a característica peculiar desses bens. Afinal, se o poder público pode retirar o particular sem recorrer ao judiciário, não seria lógico que, ao solicitar a tutela jurisdicional, tivesse que aguardar toda a instrução probatória acerca do valor das benfeitorias para ter acesso ao bem[269].

5.5.2.2 Bens de uso especial e dominicais

Nessa classe de bens, pelo que já foi dito, demonstrado o não cumprimento da função social pelo particular, há que se julgar a demanda em favor do Estado. De modo diverso, quando a posse do particular for cumpridora da função social deve ser tutelada.

Mas, cumpre indagar: uma vez que o bem público seja possuído por um particular – ainda que cumprindo a função social – o Poder Público não poderá mais reaver o imóvel? Ou seja, cabe investigar o que fazer naqueles casos em que o Estado não demonstra o cumprimento da função social (ou o seu descumprimento pelo possuidor) e, ainda assim, solicita a desocupação do imóvel alegando urgência.

---

[269] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2010. p. 404.

Ressalte-se que, sobretudo quanto aos bens dominicais, a Administração terá ônus argumentativo maior na tarefa de demonstrar a existência de urgência para a concessão da tutela antecipada.

Nesses casos, acreditamos que é possível adaptar o procedimento para que, aplicando-se os dispositivos relativos à desapropriação, proceda-se à indenização pelas benfeitorias e um valor destinado a indenizar a desapropriação dos demais direitos decorrentes do fato jurídico da posse (entre eles, o direito à posse).

Não se trata de "desapropriar" a posse, até porque, como dissemos, a posse é um fato jurídico, mas de, em última analise, desapropriar-se o *ius possessionis*.

Assim, deve-se refletir acerca da possibilidade de se indenizar o possuidor pela expropriação do direito de possuir, que nasce do fato jurídico da posse. Embora a ideia inicialmente possa causar estranheza, observamos que não se trata de absurdo, visto que a desapropriação alcança, além dos imóveis, direitos, privilégios, concessões etc[270].

O Superior Tribunal de Justiça admite a "desapropriação da posse", existindo julgados reconhecendo o direito à indenização a quem tem apenas a posse de imóvel desapropriado[271]. Na doutrina também existem posições em defesa dessa tese[272].

Como se disse anteriormente, soaria estranho que o Estado pudesse retirar do particular a propriedade, mediante o pagamento de indenização, como acontece na desapropriação, mas não pudesse retirar a posse de um imóvel público.

Embora exista grave polêmica sobre como seria definido esse valor a ser pago, a jurisprudência tem oferecido balizas[273].

---

[270] GUEDES, Jefferson Carús. **"Desapropriação" da posse no direito brasileiro**. *Pro Diviso*: estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário.Brasília: EAGU, 2011. p. 95-120.

[271] REsp 1.118.854/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, SegundaTurma, julgado em 13.10.2009, DJe 28.10.2009

[272] GUEDES, Jefferson Carús. **"Desapropriação" da posse no direito brasileiro**. *Pro Diviso*: estudos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário.Brasília: EAGU, 2011. p. 95-120.

[273] O Tribunal de justiça de Santa Catarina entendeu pela fixação da indenização em 60% do valor do imóvel: REEXAME NECESSÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEL HAVIDO POR POSSE. INDENIZABILIDADE INCONTESTE. MONTANTE A SER FIXADO NA PROPORÇÃO DE 60% DO VALOR DO BEM. REFORMA DA SENTENÇA QUANTO A ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. REMESSA PROVIDA.(REEX 20110344920 SC 2011.034492-0; Relator: João Henrique Blasi. Julgamento: 22/07/2013; Segunda Câmara de Direito Público).
No mesmo sentido, existem decisões do TJSP.

Essa adaptação resolve inclusive as situações na qual o particular, possuidor de boa-fé, tem o direito de retenção. Nesses casos, entendemos que, além da urgência e dos demais requisitos do art. 273 do CPC, a antecipação de tutela deverá ser condicionada ao pagamento, pela Administração, de um valor mensal suficiente à obtenção pelo particular de moradia equivalente ou do fornecimento de habitação pela administração, até o fim da demanda. Ressalte-se que em muitos Estados e Municípios já existem programas denominados de "aluguel social", cujo objetivo é prestar assistência financeira às famílias sem moradia. Nesse caso, o valor do "aluguel social" pode ser tomado utilizado como parâmetro.

O que é aqui proposto, em nosso ponto de vista, não é nenhum absurdo.

Em 2011, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou ação de reintegração de posse movida pelo Município de São Paulo contra ocupantes de bem público de uso comum – no caso, ruas de um loteamento já aprovado pela municipalidade. Em primeira instância, o magistrado concedeu a reintegração ao Poder Público – sem a antecipação de tutela – condicionada ao pagamento do chamado "aluguel social". Ao julgar o recurso interposto pelo município, o Tribunal entendeu que a imposição de pagamento de aluguel social incentivava a ocupação desordenada de áreas públicas e reformou a sentença para, em vez de determinar o pagamento do benefício, impor à Administração a acomodação dos ocupantes em local apropriado por 120 dias[274].

Discordamos da solução adotada por se referir à posse de bem de uso comum sem a autorização do ente público competente. Nesses casos, como já dissemos, o particular não pode ser possuidor, logo, a sua situação não é protegida. Já para os bens dominicais a solução cabe com perfeição, afinal, se a situação de fato deve ser protegida (*quieta non movere*) e há o direito do particular permanecer

---

[274] APELAÇÃO CÍVEL REINTEGRAÇÃO DE POSSE Esbulho praticado por invasores que edificaram moradias rudimentares em imóvel público municipal - Bem de uso comum do povo Reintegração de posse condicionada ao pagamento de aluguel social aos afetados por tempo indeterminado, até solução habitacional definitiva Ocupação de imóvel público pelo particular que configura mera detenção e não posse Incabível a alegação de que a Fazenda teria perdido o direito à posse ou à propriedade por abandono Condição imposta à Municipalidade que equivale à instituição compulsória de programa assistencial e não merece prevalecer Demanda que resvala nos direitos fundamentais à moradia e à dignidade da pessoa humana Necessidade da Municipalidade amparar as famílias desalojadas, acomodando-as em local apropriado por prazo não superior a 120 dias Reforma parcial do julgado que não modifica a divisão do ônus sucumbencial estabelecida em primeira instância Recurso parcialmente provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003314-09.2011.8.26.0053; órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público. Relator: Maria Laura Tavares.)

no local (posse), o seu desapossamento deve vir acompanhado de medidas compensadoras, como as aqui propostas.

Quanto aos bens dominicais, com mais razão esse raciocínio é aplicável. Nessa classe de bens, aliás, por tudo o que já dissemos antes, é que essa tutela deve ser ainda mais diferenciada. Aliás, não raramente o particular terá direito à concessão de uso para fins de moradia, que poderá ser reconhecida pela sentença. É aqui que ganha ainda mais sentido o que propomos anteriormente.

Nesse caso, a indenização englobaria o direito à concessão de uso para fins de moradia.

Essa situação, em que o Poder Público deposita o valor para ter acesso ao imóvel é análoga àquelas em cabe a antecipação de tutela parcial, afinal "nesses casos, como é pouco mais do que óbvio, não há cabimento em obrigar o autor a esperar a instrução probatória respeitante somente aos danos ou, ainda, por exemplo, às benfeitorias, para ter acesso ao bem que postula"[275].

Nem se argumente que, essa postura do processualista mais preocupado com a efetividade da tutela é uma pretensão de reescrever o CPC pela caneta dos juízes. Ao contrário, essa mudança de postura está de acordo com as modernas tendências do processo civil, como se observa do movimento chamado de neoprocessualismo.

Trata-se de buscar uma forma de, ao mesmo tempo, alcançar os fins que seriam obtidos com o direito de retenção – evitar prejuízo do possuidor e o enriquecimento ilícito da outra parte – e garantir a utilização do bem por quem de direito.

É que, no caso de um bem de uso dominical que tenha sofrido afetação jurídica (transferência a um concessionário de serviço público para a consecução de determinadas atividades), a possibilidade de retenção do imóvel pelo particular causaria enormes transtornos, não só ao proprietário do bem, como à coletividade.

Esses transtornos tornam-se maiores ainda em razão do regime de pagamento dos créditos da Fazenda Pública estampado no art. 100 da Constituição, que torna o pagamento da indenização um tanto moroso.

---

[275] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2010. p. 404.

Merece consideração, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, de outro lado, tem temperado o direito de retenção quando o autor da possessória presta caução em juízo. Nesses casos, a caução é suficiente para autorizar a reintegração liminar, com o prosseguimento da discussão acerca do valor das benfeitorias.

Assim, já há um indicativo de que o direito de retenção pode ter sua eficácia obstada pelo depósito do valor das benfeitorias necessárias em juízo.

Então, não vemos óbice para que o magistrado exija do Poder Público o depósito prévio do valor e – à semelhança do que acontece nas desapropriações (art. 15 do DL 3.365/1941 e do art. 3º do DL 1.075/1970). Aqui, não estamos a falar de *desapropriação da posse* ou mesmo de *desapropriação da benfeitoria*. O que defendemos é a adaptação do procedimento para que, de início, a Administração possa obter a posse do imóvel nos casos em que o particular é possuidor (ainda que legítimo).

Mas, apenas isso ainda não basta. Afinal, a circunstância de o depósito prévio ser apto a impedir o direito de retenção do particular ainda lhe causaria grandes transtornos se ele não pudesse usufruir de ao menos parte desse dinheiro. Impende que se viabilize o levantamento de ao menos parte do montante depositado durante o processo.

Os valores recebidos pelo possuidor a qualquer título deverão ser compensados do valor final a ser pago a título de indenização por benfeitorias.

Esse raciocínio só tem como premissa a *existência* da posse do particular sobre bem público, fato que pode ser aferido logo no início do processo (caso não exista uma cláusula de pré-exclusão de juridicidade da posse).

Não vemos risco de dano à administração, afinal, existindo a posse, ao menos as benfeitorias necessárias serão devidas (caso elas existam, óbvio). Até mesmo o possuidor de má-fé faz jus a elas. Logo, sendo o mínimo que o particular receberia, não vemos dificuldade na adoção desse posicionamento.

5.6 A TUTELA DA POSSE DO PARTICULAR

Certo que o particular pode ser possuidor de bens públicos, cabe analisar de que forma se dá a tutela dessa posse.

O particular ocupante de imóvel público que tenha sua posse turbada ou esbulhada pode ingressar com ações de manutenção e reintegração de posse contra quem moleste sua posse.

Quanto aos demais particulares, não vemos qualquer óbice ao uso das possessórias.

Mas, cumpre recordar que existem situações em que a Administração pode realizar a desocupação administrativa da área – fora das situações de desforço imediato. São elas:

a) bem público de uso comum;

b) bem de uso especial, quando o particular o possua a menos de um ano e um dia.

Nesses casos, diante da ação do Poder Público, o particular não tem pretensão à tutela possessória. Embora, como se disse, a tutela da posse tenha por fundamento a manutenção das situações de fato constituídas (*quieta non movere*), a posse entra no mundo jurídico quando ocorre esbulho ou turbação. No caso analisado, a conduta da Administração de retirar a força os possuidores do imóvel consiste no exercício regular de um direito, não se constituindo em esbulho ou turbação.

Semelhante solução é encontrada no direito espanhol, segundo nos ensina Fernando Garrido Falla[276].

No Brasil, a jurisprudência vem reiteradamente negando a possibilidade do manejo de possessórias contra o Poder Público por particular ocupante de bem público, havendo até arestos vedando o manejo da possessória entre dois particulares, quando um deles ocupe o imóvel sem a autorização da administração[277].

Diante do nosso entendimento de que o particular pode ser possuidor de bem público, havendo posse, autorizado estará o manejo das possessórias.

---

[276] FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Tecnos, 2002. vol. II, p. 549.

[277] Civil e Processo civil. Recurso especial. Ação possessória. Possibilidade jurídica do pedido. Bem imóvel público. Ação ajuizada entre dois particulares. Situação de fato. Rito especial. Inaplicabilidade.
- A ação ajuizada entre dois particulares, tendo por objeto imóvel público, não autoriza a adoção do rito das possessórias, pois há mera detenção e não posse. Assim, não cumpridos os pressupostos específicos para o rito especial, deve o processo ser extinto, sem resolução de mérito, porquanto inadequada a ação.
Recurso especial provido. (REsp 998.409/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 03/11/2009)

Assim, o ajuizamento de ações possessórias pelo particular encontra-se possível nos casos em que a) possui o imóvel há mais de um ano e um dia, ou; b) seja desapossado administrativamente de bem dominical, ou; c) tenha um título jurídico que lhe autorize a utilizar o bem.

Já naqueles casos em que for réu numa ação movida pelo ente titular do bem, poderá alegar em matéria de defesa o exercício de posse sobre o bem.

Em todos os casos, a tutela variará conforme a categoria de bem público objeto do processo.

5.6.1 A defesa da posse do particular no bojo da reivindicatória movida pelo Poder Público

Embora, como já se disse, a ação reivindicatória não se enquadre nas espécies de ação possessória, é necessário analisar os casos nos quais a posse do será tutelada.

Sabe-se que a ação, no dizer de Pontes de Miranda, é o "grau de impositividade do direito"[278].

Adverte Roberto Paulino[279] que:

> "na doutrina clássica, por mais protraída no tempo que seja a utilização do imóvel pelo possuidor, desde que aquele que demanda tenha o cuidado de optar pela defesa de sua posição por meio de demanda petitória, desde que o seu direito de reivindicar o bem não tenha se tornado inexigível por prescrição; e, mais importante, que não se tenha consumado o usucapião em benefício do possuidor, o conflito se resolverá em benefício do titular do direito real".

Mas, sob esse novo olhar, em que ganha relevo a exigência do cumprimento da função social, "se o titular do direito atende à função social e se vê impossibilitado de exercer seus poderes sobre a coisa pelo estabelecimento de posse de terceiro contra a sua vontade, seu direito a reaver o bem será devidamente tutelado" [280].

---

[278] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Potes de. **Tratado das ações**. Tomo I, p. 123.

[279] ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. **A relação jurídica real no direito civil contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas**, Ano de obtenção: 2010. Orientador: Profª. Dra. Fabíola Santos Albuquerque. Pag. 55.

[280] Ibid., p. 112.

Nesse novo olhar, “o sujeito que atende ao princípio em questão merece a tutela jurídica plena, ao passo que o que o descumpre será sancionado com a abalação desta proteção”[281].

Aqui, não estamos a falar das exceções processuais. É adequado frisar que “a exceção se opõe ao direito, ação ou pretensão de outro sujeito, encobrindo seus efeitos e suspendendo a eficácia do direito, ação ou pretensão contra o qual é exercida”[282]. Trata-se de instituto de direito material[283].

Assim, o particular poderia, em tese, opor a exceção de descumprimento da função social por parte do ente proprietário do bem.

Como efeitos dessa exceção, num primeiro plano, poderá surgir a não-concessão da liminar pleiteada.

Semelhantemente ao que propusemos anteriormente, aqui também será possível adaptar o procedimento para que, mediante o pagamento de indenização pela Administração, que acarretará a ineficácia do *ius possessionis*.

5.6.2 Ação possessória movida pelo particular e a concessão de liminar contra o poder público

As ações possessórias possuem peculiaridades quanto ao rito até a apreciação da liminar. Após essa fase, seguem o rito ordinário. Essa é a disposição do art. 931 do CPC.

O CPC contém dispositivo que veda a concessão de liminar *inaudita altera parte* contra o Poder Público. Trata-se do art. 938[284]. O que veda não é a concessão de liminar, mas apenas a liminar sem a oitiva da parte ré.

---

[281] Ibid., p. 112.

[282] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 186 (confirmar)

[283] ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. **A relação jurídica real no direito civil contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas**, Ano de obtenção: 2010. Orientador: Profª. Dra. Fabíola Santos Albuquerque.pg. 55.

[284] Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.
Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Assim, antes de apreciar a liminar requerida, o magistrado pode realizar audiência de justificação prévia de modo a melhor esclarecer aspectos atinentes à posse do autor. Após a realização da audiência, o magistrado decidirá acerca da liminar.

Como bem observado por Marinoni[285], embora o CPC fale em "citação", trata-se de impropriedade. O réu deve ser intimado para participar da audiência e somente deverá apresentar sua defesa após a decisão acerca da liminar.

Quando o poder público estiver no polo passivo da ação, o magistrado não pode deferir a liminar sem a oitiva prévia da Fazenda Pública (parágrafo único do art. 928). Então, nessa situação, após a audiência de justificação o juiz ainda deverá abrir prazo "*de acordo com a complexidade do caso concreto*"[286] para que a pessoa jurídica de direito público se manifeste.

Vale frisar que estamos aqui a tratar daqueles casos em que a Administração turba ou esbulha a posse de particular que ocupa bem público e que não se evidencia tratar-se de desforço imediato ou de situação na qual a administração podia realizar a desocupação administrativa. Ou seja, a atuação do poder público não se dá logo após a ocupação do particular.

Do mesmo modo, a tutela da posse do particular através das ações possessórias somente terá cabimento nos casos em que a Administração não estiver autorizada a utilizar-se da autoexecutoriedade. Ou seja, nos casos em que a Administração estiver autorizada a realizar o despejo no uso da auto-executoriedade dos atos administrativos, não caberá tutela da posse do particular, afinal, não há que se falar em esbulho.

Há uma presunção de que o Estado não pratica ilegalidades de forma deliberada, o que justificaria a regra do art. 828, parágrafo único, do CPC [287]. A presunção é de que o Poder público não realizará esbulhos ou turbações. Por isso é

---

[285] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais** (Curso de Processo Civil). 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. vol. 5, p. 106.

[286] Ibid., p. 107. O autor ainda complementa: "Além da pessoa jurídica de direito público ter o direito de se manifestar previamente à decisão sobre a liminar, obviamente ela tem o direito de participar da audiência de justificação, no caso da sua designação, contradizendo e reinquirindo as testemunhas do autor".

[287] "Invoca-se como fundamento do tratamento privilegiado a presunção de que o Poder público atua em conformidade com a lei e na busca da realização do bem comum. A essas pessoas, portanto, deve ser sempre assegurada a oportunidade de falar sobre atos por elas praticados ou a elas atribuídos e que aparentem desviar-se daquela presunção" FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. VIII, tomo III, p. 464.

que, antes de se decidir acerca da liminar ou tutela antecipada, deve o magistrado ouvir a Fazenda Pública.

5.6.3 Uso indevido da autoexecutoriedade: "desapropriação indireta" da posse?

Podem existir situações em que, mesmo sem estar autorizada a agir em nome da autotutela que lhe é peculiar, a Administração realize o desapossamento. Nesse caso, há que se examinar as possíveis consequências.

De início, poderíamos pensar, na linha do que defendemos nos itens anteriores, que bastaria aplicar o entendimento hoje existente acerca da desapropriação indireta. Então, eventual ação do particular contra esse ato ilegal resolver-se-ia em perdas e danos. Contudo, acreditamos ser equivocado tal entendimento.

Deixando de lado as críticas que podem ser feitas ao instituto da desapropriação indireta (em nossa opinião, autorização do esbulho construída pela jurisprudência ao arrepio da lei), aplicar o regramento acima seria o mesmo que romper as barreiras traçadas pelo direito à autotutela da posse pela Administração.

Nesses casos, "a relação harmoniosa que se entende deva haver entre processo e direito material não permite uma solução processual descompromissada em face das regras materiais"[288]. Converter a demanda em ação indenizatória acabaria beneficiando justamente a parte que praticou a ilegalidade.

Se a posse do particular é merecedora de tutela, a solução ventilada seria exatamente a afirmação da ausência de tutela, incompatível com as ideias defendidas até aqui.

Nesses casos, o particular deve ser reintegrado na posse.

A solução final da ação, todavia, pode ser a manutenção da posse do particular. Aqui, ao Poder Público restará pagar uma indenização relativa ao direito à posse, caso tenha a necessidade de reaver a posse do imóvel.

---

[288] TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 217

5.6.4 Bens de uso comum

No caso dos bens de uso comum, o particular somente poderá ser mantido ou reintegrado na posse, como dissemos, quando esteja amparado por um título jurídico (contrato de concessão de uso etc) e a conduta da administração afronte o disposto nesse instrumento. Assim é também em outros países, a exemplo da França[289].

Afinal, a tutela possessória torna-se ineficaz ante a possibilidade de a administração realizar a desocupação administrativa.

Nos casos em que o particular possui o imóvel sem a autorização da administração, o *ius possessionis* é ineficaz diante do ente proprietário do bem. Isso não retira a eficácia total da posse, como se viu.

Assim, a ação indenizatória é o meio adequado para se obter a indenização pelas benfeitorias.

5.7 NOTA CONCLUSIVA

A tutela da posse é, primordialmente, derivada do fato de um sujeito ser possuidor do imóvel.

No caso dos bens públicos, é preciso conciliar a posse e seus efeitos com as prerrogativas de que goza a Administração Pública. Há casos em que a administração pode realizar a desocupação do imóvel pela via administrativa, sem que isso se afigure ilícito.

No caso dos bens de uso comum, a administração pode retirar o particular da posse do imóvel sem que necessite recorrer ao judiciário, salvo quando o particular esteja amparado por um ato ou negócio jurídico, caso em que poderá defender a sua posse.

Quando não amparado por ato ou negócio jurídico, o ocupante de bem de uso comum poderá buscar a indenização pelas benfeitorias através de ação indenizatória.

---

[289] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, II, estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense: 1997. Tomo 1, p. 164.

Quando se tratar de bem dominical, o particular pode defender sua posse contra a administração pública.

Já quanto aos bens de uso especial, o particular pode defender sua posse contra a Administração Pública, desde que esta tenha realizado desocupação do imóvel fora das hipóteses em que está autorizada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afetação é a destinação de um bem público a uma finalidade pública, que pode se dar através de um fato ou através de um ato jurídico.

Os bens públicos estão classificados conforme graus de afetação e utilização do bem em bens de uso comum, de uso especial e bens dominicais. Quanto maior a afetação, menor incidência do regime jurídico tal bem sofrerá.

Todos os bens públicos são passíveis de uso privativo por particular, caso haja autorização da Administração Pública. Nos bens de uso comum os limites para esse uso privativo são mais estreitos. Esses limites abrem-se à medida que se verifica um menor grau de afetação do bem.

Sem a autorização da Administração proprietária do bem, a questão se mostra bastante complexa.

A doutrina majoritária não admite a existência de posse de particular sobre bem público sem a autorização do ente proprietário do bem. No mesmo sentido se direcionou a jurisprudência.

A posse, todavia, é uma situação de fato e como tal deve ser tratada. De acordo com a teoria do fato jurídico a posse é um fato jurídico *stricto sensu*.

Mostra-se incorreto classificar toda e qualquer ocupação de bem público por particular como mera detenção.

No plano da existência, casos há em que o particular exerce posse sobre bens públicos, independentemente de autorização do proprietário do bem. A exceção fica por conta dos casos em que há norma de pré-exclusão de juridicidade, a exemplo da regra do art. 1.028 do Código Civil.

Diversos dispositivos legais contém em seu suporte fático a posse de bens públicos por particulares, a exemplo do art. 97 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) e da Medida Provisória nº 2.220/2001.

Assim, o particular que exerce poder de fato sobre bem público exerce posse, salvo se existir uma cláusula de pré-exclusão de juridicidade.

O problema da posse do particular é quanto à eficiácia.

O Poder Público pode realizar a desocupação administrativa dos bens de uso comum. Quanto aos bens de uso especial terá o prazo de um ano para fazê-la.. Após esse prazo, deve ingressar em juízo.

Quanto aos bens dominicais, que em diversos países têm tratamento idêntico ao conferido aos bens privados, a posse do particular também pode existir, independentemente de autorização da Administração. Nesse caso, pela sua maior aproximação com o regime jurídico privado, acreditamos não ser possível a realização da desocupação administrativa como expressão da autotutela. Aqui, à Administração só se abre uma via: a da ação possessória. Nesse caso, é recomendável que o particular seja mantido na posse do imóvel até a sentença. No caso de existir urgência (em virtude da afetação superveniente do bem), a antecipação de tutela poderia ser concedida em favor do Poder Público, desde que tomasse medidas compensatórias do prejuízo sofrido pelo particular.

Nas ações de força velha movida pelo Poder Público será possível a concessão de antecipação de tutela.

Nos casos em que a posse do particular seja funcionalizada, a desocupação do imóvel deve vir acompanhada de indenização ou de outras medidas reparatórias.

O particular pode defender sua posse contra a Administração, exceto quando se tratar de bem de uso comum utilizado sem a autorização da Administração, caso em que restará ao particular a ação indenizatória pelas benfeitorias.

A desocupação de imóvel pela via administrativa, fora dos casos em que autorizada, deve ser reprimida, sob pena de aniquilar qualquer efetividade do direito do possuidor do imóvel. Nesses casos, não se pode conferir o mesmo tratamento dado à desapropriação indireta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**, II: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense: 1997, Tomo I.

_____, José Carlos Moreira. **Posse**. Evolução Histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, tomo. I.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. **A relação jurídica real no direito civil contemporâneo: por uma teoria geral do direito das coisas**, Ano de obtenção: 2010.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Bárbara Almeida. **A posse dos bens públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AUBY, Jean-Marie; BON, Pierre. **Droit administratif des biens: domaine, travaux publics, expropriation pour cause d'utulité publique**. 3.ed. Paris: Dalloz, 1995.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Eletrônia sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp . Acesso em: 11 de julho de 2012.

_____, Humberto.**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, acórdão 2008.03.1.015217-5 ACJ, do Rel. Sandoval Oliveira, **DJ** de 15 jan.2001

BRASIL, AGRESP 200501952193, Rel. Mauro Campbell Marques, **DJ** 04 fev. 2010.

BRASIL, REsp 146.367/DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 14 dez. 2004, **DJ** 14 mar. 2005, p. 338.

BRASIL, RESP 199700610390, Barros Monteiro, **STJ** - Quarta Turma, 14 mar. 2005.

BRASIL, Resp. 792.527/DF, 3º Turma. Rel. Min. Humbergo Gomes de Barros. **DJ** 01 abr. 2008.

BRASIL, RMS 5.996/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 07 nov. 2000, **DJ** 05 mar. 2001.

CARVALHO, Edson Ferreira de. A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37936>. Acesso em: 24 fevereiro 2012.

CASTRO, José Nilo de; AMARAL, Cássia Augusta Alves. Bem público: ocupação irregular: detenção: fundamento para a desocupação: comunicado para devolução do imóvel: negação: inexistência de direito de permanecer no imóvel ou de indenização: ação reintegratória: cabimento**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 12, n. 42, out./dez. 2011. Parecer. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76719>. Acesso em: 24 fevereiro 2012.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A concessão de uso para fins de moradia como forma de concretizar a função social da propriedade pública**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jul./set. 2011 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74859>. Acesso em: 24 fevereiro 2012.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **A Posse:** perspectivas dogmáticas actuais. 4.ed. Lisboa: Almedina. 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Ponderações sobre a Tutela da Posse a Partir do Pensamento de Pontes de Miranda**. In: DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Juspodium. 2013.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIDIER JR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, número 161, julho 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, v. 7.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 12 ed . Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2012, p. 845.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 890 a 945. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. VIII, tomo III, p. 385.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Tecnos, 2002. Vol. II.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e Detenção: uma distinção relativa? In. ASSIS, Araken et al. **Direito Civil e Processo.** Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996. Volume VI.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais (Curso de Processo Civil)**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo/Luiz Guilherme Marinoni. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.Volume I..

_____, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 16.ed. 2ª tiragem, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Celso Antônio. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa no Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 25 de julho de 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 7.ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 16.ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2001. v. X. p. 80

_____, Pontes de. **Tratado das ações**. 1.ed. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I. p. 131.

_____, Pontes de. Tratado das ações. Capinas: Bookseller. 1999, Tomo VII. p. 133

_____, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. Tomo I.

_____, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de janeiro: Borsoi. 1955. Tomo X

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** Direito das Coisas. 37. Ed. Atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume III.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 15 ed. 2009

MURITIBA, Sergio. **Ação executiva latu sensu e ação mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAMPLONA, Leandro Antônio. Antecipação de tutela nas ações possessórias e o princípio da quieta non movere. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 37, número 205, março 2012, p. 89-113.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. Voluem IV.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, p. 244.

SANDULLI, Aldo. **Manuale di Diritto Amministrativo**.6.ed. CEDAM, 1960.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 02, número 7, Jul-set de 2007. P. 358.

SOUSA, António Francisco. **Fundamentos Históricos do Direito Administrativo**. Lisboa: I Editores. 1995.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** Direito das Coisas. 12.ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume IV.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1970.