

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO**

HELENA ROMEU DOS ANJOS

**A não obrigação do Estado em indenizar as
benfeitorias erigidas em terras públicas ante a
inaplicabilidade dos efeitos da posse.**

Brasília

2012

HELENA ROMEU DOS ANJOS

**A não obrigação do Estado em indenizar as
benfeitorias erigidas em terras públicas ante a
inaplicabilidade dos efeitos da posse.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de graduação em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
UNICEUB

Orientador: Professor Júlio César Lérias.

Brasília

2012

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo afirmar a impossibilidade de indenização aos particulares por benfeitorias edificadas em terras públicas. Para tanto se fez mister a análise dos institutos da posse e detenção, bem como o estudo acerca de seus regimes indenizatórios, levando-se em consideração os caracteres dos bens públicos, mormente das terras públicas. Da referida apreciação obtivemos: que, segundo concepção de Ihering, a posse apenas seja cabível quando a propriedade também o seja; que a natureza dos bens públicos de intangibilidade impede que sejam trespassadas a dominilidade do particular. Como resultado, a ocupação dos bens públicos é considerada como mera detenção. Assim, não há que se falar em indenização ao particular que realiza benfeitorias no local, visto que a indenização é efeito adstrito ao instituto da posse, e posse não há.

Palavras-chave: Civil. Bem público. Benfeitorias. Indenização.

SUMÁRIO

RESUMO	2
INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I.....	8
1.1. DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS.	8
1.1.1 Da teoria subjetiva de Savigny.....	8
1.1.2. Da teoria objetiva de Ihering.	11
1.2. A ADOÇÃO DA DOCTRINA DE IHERING NO CONCEITO DE POSSE NOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002.	17
1.3. OS EFEITOS DA POSSE EM RELAÇÃO ÀS BENFEITORIAS.	21
1.3.1. A posse e seus efeitos.	21
1.3.2. Conceito e classificação de benfeitorias.	22
1.3.3. Direito de indenização, retenção e levantamento das benfeitorias.	24
CAPÍTULO II.....	29
2.1. DA IMPOSSIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS SEREM OBJETO DE POSSE.	29
2.1.1. Conceito e classificação de bens públicos.	29
2.1.2. Características.....	30
2.1.3. A impossibilidade jurídica da posse de bens públicos segundo a doutrina de Ihering.	33

2.2. A DETENÇÃO COMO RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICULARES E BENS PÚBLICOS.	36
2.2.1. Formas de aproximação entre pessoa e coisa.	36
2.2.2. Detenção. Espécies.	36
2.2.3. A detenção como relação fática de independência do bem público e o particular.	40
2.3. A NÃO OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM INDENIZAR AS BENFEITORIAS ERIGIDAS EM TERRAS PÚBLICAS.	41
2.3.1. A não obrigação da indenização ante a inexistência de posse de bem público por particular.	41
2.3.2. Da impossibilidade de indenização das benfeitorias ainda que consideradas – equivocadamente – como acessões.	44
CAPÍTULO III	51
3.1. DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO TJDF.	51
3.1.1 Da vedação do dever de indenizar (entendimento que corrobora a tese em apreço).	51
3.1.2. Da obrigação em indenizar (entendimento contrário à ideia desenvolvida na pesquisa).....	55
3.2. DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO STJ	58
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

A situação fundiária vivida em todo território nacional tem se demonstrado um problema não só político como jurídico, posto que as invasões e ocupações de terras públicas vem ocorrendo de forma desenfreada, gerando consequências relevantes.

No âmbito político temos que, com o advento da Constituição Federal de 1988, mormente em seu art. 6º, o direito a moradia fora erigido à categoria de direito social bem como ficou estabelecida a função social da propriedade. Assim, de um lado temos um Estado Social com o dever constitucional de garantir moradia. Não raro, então, a Administração pública se vê obrigada a regularizar as terras irregularmente ocupadas em razão do estado das ocupações, que se encontram num nível do desenvolvimento urbanístico considerável, o que torna forçoso que o Poder Público as regularize, ainda que referido desenvolvimento tenha ocorrido ao arrepio da ordem urbanística.

Por outro lado, indivíduos que invadem e ocupam áreas que sabem ser de domínio Estatal, muitos já possuindo terreno e casa própria. Não bastante pleiteiam judicialmente indenização a fim de serem ressarcidos pelos gastos oriundos da realização de obras e/ou construções nos locais.

O trabalho tem aspecto jurídico e não político (descartando assim a hipótese de regularização dessas áreas) e ante a situação apresentada faz-se os seguintes questionamentos: estaria o Estado obrigado a indenizar as benfeitorias realizadas nos bens públicos (imóveis) dominicais? Qual a fundamentação teórica e legal para a resposta encontrada? Qual o posicionamento jurisprudencial acerca dessa problemática?

A hipótese dessa pesquisa sustenta que inexistia o dever do Estado em indenizar as benfeitorias edificadas em terras públicas. Para tanto, nos capítulos do presente trabalho, buscar-se-á analisar nas perspectivas doutrinária, legal e jurisprudencial os argumentos favoráveis e contrários à proposição colocada.

O tema a ser abordado na presente monografia é bastante atual e merece a devida atenção. A pesquisa proporcionará uma contribuição não só social como acadêmica, tendo em vista o escasso acervo doutrinário acerca do assunto.

Buscando afirmar que inexistente obrigação estatal em indenizar as benfeitorias erigidas em terrenos públicos, o presente trabalho utilizar-se-á essencialmente do método bibliográfico a fim de examinar os conceitos, institutos e teorias indispensáveis ao tratamento do problema, notadamente no que se refere à posse e detenção em relação aos bens públicos.

No capítulo I, examinaremos o instituto jurídico da posse. Serão apresentadas as duas principais teorias possessórias: a subjetiva de Savigny e a objetiva de Ihering, destacando suas acepções a respeito dos elementos *corpus* e *animus*.

Ato contínuo, buscar-se-á demonstrar que desde o Código Civil de 1916 vem o legislador brasileiro optando por acolher a teoria de Ihering, o que realizar-se-á a partir da interpretação dos dispositivos legais.

Finalizando o primeiro capítulo abordaremos os efeitos possessórios, notadamente os que guarnecem a respeito do regime indenizatório pelas benfeitorias e eventual direito de retenção.

Ultrapassada essa fase discutiremos no capítulo II acerca da impossibilidade jurídica da posse de bens públicos. Serão analisados os conceitos, classificações e características dos bens públicos, de modo que tentaremos demonstrar que da conjugação da doutrina objetiva da posse com a natureza jurídica das terras públicas restará (im)possível a posse de terrenos públicos.

Em seguida, faremos uma breve elucidação sobre as diferentes formas de aproximação entre o homem e a coisa de forma a verificar se a relação jurídica existente entre o particular e os bens públicos não passa de mera detenção.

Ao final do segundo capítulo chegaremos ao cerne do presente trabalho. Toda a matéria apresentada será esquematizada de forma a verificar a plausibilidade da hipótese levantada.

No capítulo III serão apresentados os argumentos utilizados pelos magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da problemática.

A metodologia utilizada consistirá essencialmente na pesquisa bibliográfica e documental.

CAPÍTULO I

No presente capítulo serão apresentadas as principais teorias da posse de forma a evidenciar os aspectos que as distinguem. Abordar-se-á também o posicionamento do legislador nos Códigos Civis de 1916 e 2002 bem como o efeito do instituto possessório no que atine às benfeitorias.

1.1. DAS TEORIAS POSSESSÓRIAS.

Duas são as principais teorias possessórias: a subjetiva, de Friedrich Karl von Savigny, e a objetiva, de autoria de Rudolf von Ihering.

1.1.1 Da teoria subjetiva de Savigny.

De plano cumpre esclarecer que não foi Savigny o precursor da corrente subjetivista, sendo, no entanto, o autor que melhor expôs sua doutrina. Consagrado por conseguir compilar de forma brilhante a investigação científica da posse em *Tratado da Posse*, 1803, ainda que alguns considere ultrapassada sua teoria, prestigia-se até hoje seus ensinamentos, haja vista a persistente interferência de suas compilações no estudo do instituto.¹

Savigny², numa tentativa de reconstrução do direito romano, parte da detenção para definir a estrutura jurídica da posse. Tanto o é que indagado a respeito dos elementos substanciais à posse responde: “Nós partimos da idéia geral da *detenção* (...)”

Resume detenção como sendo a apreensão física da coisa. Para que exista detenção necessário o elemento material, o *corpus*, que representa a relação de poder físico do homem sobre a coisa.

Discussão há acerca da necessidade de um elemento subjetivo para que seja referida relação material caracterizada como detenção – v.g. a *affectio tenendi*, assim compreendida como a vontade do sujeito de ter a coisa sob sua submissão.³

¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

² *Apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 58.

Ao afirmar “(...) o barqueiro possui seu barco, mas não a água sobre a qual ele navega, embora se sirva de um e de outra para alcançar seus fins.” Savigny não deixa claro seu posicionamento. De um lado Bruns⁴ exige o elemento subjetivo, de outro Rudorff invoca não constituir verdadeira detenção o simples fato de deter materialmente a coisa, sem qualquer pretensão volitiva.⁵

Diferentemente, quanto a necessidade do elemento volitivo para caracterizar a posse, Savigny é categórico ao afirmar jamais haver posse sem *animus*, devendo o detentor estar acrescido de um animus especial para que lhe seja atribuída a condição de possuidor. “Para SAVIGNY adquire-se a posse quando, ao elemento material (poder físico sobre a coisa) vem juntar-se o elemento espiritual, anímico (intenção de tê-la como sua).”⁶ Assim, a posse constitui-se como uma detenção com *animus* especial.

Pode-se sintetizar o pensamento de Savigny na seguinte equação: posse = detenção com animus especial Assim, para uma relação ser considerada como posse necessária a vontade do detentor de ter a coisa para si. Depreendem-se, portanto, essenciais para a concreção da posse os elementos material (*corpus*) e imaterial (*animus*).⁷

O primeiro traduz não o objeto *per si*, mas o poder físico sobre ele exercido. O *corpus* savignyano pressupõe a relação de senhoria do homem com a coisa, sua apreensão física.⁸ Nesse viés, aproxima-se o doutrinador da etimologia do termo posse, advinda do vocábulo *possidere*, que tem por significado semântico o poder fático do homem sobre a coisa.⁹

³ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo:** estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 58.

⁴ BRUNS, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo:** estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 58

⁵ RUDORFF *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo:** estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 59.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V:** direito das coisas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30-31.

⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34 e VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p. 47.

⁸ Cumpre asseverar que o conceito do *corpus* evoluiu ao longo da teoria subjetiva. Deixa de ser considerado a apreensão física, passando a constituir-se como a possibilidade de contato físico com o bem, ou seja, sua disponibilidade. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das coisas. p. 17.)

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p.42. Complemente-se o dissenso trazido por Washington de Barros em sua obra

Por seu turno, o *animus* representa a vontade do sujeito de ter a coisa para si, de ser seu dono (*animus domini*) – o que não se confunde com a convicção de ser dono (*opinio seu cogitato domini*).¹⁰ Savigny ressalta que

para ser tido como possuidor de uma coisa, convém necessariamente que o que a detém se comporte a seu respeito como proprietário, isto é, que ele pretenda dispor dela de fato como um proprietário teria a faculdade legal de fazê-lo em virtude de seu direito, o que implica, principalmente, a recusa de reconhecer em outrem qualquer direito superior ao seu.¹¹

Assim, o *animus* exigido por Savigny pressupõe a vontade de dono, que traz consigo o reconhecimento ao direito de insurgir-se contra a intervenção de estranhos.

Dessa forma, o doutrinador define posse como sendo a “faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros.”¹²

Ante o exposto, demonstram-se imprescindíveis os elementos exterior e interior para concreção da posse, pois a vontade de ser dono sem o exercício do poder fático sobre a coisa constitui-se tão somente em fenômeno de natureza psíquica, não refletindo no mundo jurídico, conquanto o *corpus* sem o *animus* induza mera detenção.¹³ Salutar a distinção ente os institutos, pois a chamada *naturalis possessio* (detenção), diferentemente da posse civil, não produz qualquer efeito jurídico.¹⁴

Savigny acentua no elemento volitivo o principal caracterizador da posse e é justamente em razão do enfoque dado ao *animus* do sujeito para distinguir *posse* de *detenção* que teve sua teoria denominada subjetivista. Isso porque para o autor o *corpus* não tem o condão de distinguir os institutos, pois a relação entre homem e coisa se faz idêntica na situação de detenção e de posse.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

¹¹ SAVIGNY *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 58.

¹² FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 08.

¹³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

Para o doutrinador é o *animus* que distingue o possuidor do simples detentor. O elemento exterior, o *corpus*, não permite essa distinção, pois aos olhos de terceiros ambos tem relação aparentemente idêntica com a coisa.¹⁵

Apesar de não admitir a posse em nome alheio, cria Savigny uma terceira classificação de posse, dita derivada, com o fito de proteger aqueles que exercem uma relação de guarda com a coisa, muito embora desprovidos de título dominial – mas em razão de títulos análogos – ou que o fizessem sem a pretensão de dono, lhes garantindo o exercício legítimo do poder possessório.

Por derradeiro, impende salientar que o autor justifica a proteção possessória porque todo indivíduo merece a proteção do Estado ante os atos de violência.¹⁶

Cristiano Farias e Rosenvald conferem grande mérito ao doutrinador subjetivista, pois a partir dele que: “A posse passar a ser vislumbrada como uma situação fáctica merecedora de tutela, que decorre da necessidade de proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas.”¹⁷

1.1.2. Da teoria objetiva de Ihering.

Ihering, num primeiro momento, busca desembaraçar os conceitos de *posse e propriedade*. Propugna necessária a distinção, haja vista não raras vezes serem os institutos confundidos, sendo equivocadamente utilizados como sinônimos. Afirma inútil a distinção quando presentes numa mesma pessoa (quando o possuidor é também o proprietário), mas aduz serem diversas as vezes em que o proprietário ao invés de utilizar-se imediata e pessoalmente da coisa – utilização real do bem – cede seu uso e gozo a outrem – utilização mediata, jurídica – seja de forma gratuita ou onerosa.¹⁸

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p.47

¹⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 40.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 28-29.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 34

Assim, a propriedade é tida como uma situação jurídica - “*poder de direito*”-, enquanto a posse uma situação fática.¹⁹

O autor garante o reconhecimento da posse somente àquele que possa ser proprietário ou que esteja na fruição dos poderes inerentes à propriedade. Não reconhece, tampouco tutela a posse àquele que apenas exerce uma relação fática com a coisa, pois, segundo sua concepção, a posse é apenas amparada para que a propriedade e/ou o proprietário sejam protegidos.

“Na posse, não se deve proteger o estado de fato como tal, mas somente um estado de fato que pode ter por base um direito e que, conseqüentemente, pode ser considerada como o *exercício* ou a *exterioridade de um direito*.”²⁰

Ihering somente protege a posse, pois esta é a forma como o domínio se manifesta. “Desse modo, a proteção possessória serve de escudo à propriedade, apresentando-se como complemento de sua defesa (...)”²¹

O jurista, inclusive, reconhece o inconveniente por ventura advindo de sua teoria quando, por vezes, o proprietário poderá ser preterido em relação ao possuidor, situação em que o último é um intruso. Mas aduz que esse é um preço que se tem que pagar quando se pretende facilitar a proteção ao proprietário, protegendo-lhe a posse.²²

A doutrina objetiva, apesar de distinguir posse de propriedade coloca a primeira a disposição integral da segunda. Nos ensina Ihering que “a propriedade sem a posse é um tesouro sem a chave para abri-lo, ou uma árvore frutífera sem os meios que possibilitem a colheita de seus frutos.” Logo, a posse seria o instrumento pelo qual exerce-se o poder de propriedade, uma vez que o proprietário apenas poderá servir-se economicamente da coisa se existente a posse. É, portanto, a exteriorização do domínio.

¹⁹ *Ibidem*, p. 34

²⁰ IHERING *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13.

²¹ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

²² IHERING *apud* RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

Feitas essas primeiras considerações, Ihering insurge-se contra a teoria subjetiva de Savigny, refutando-a em todos os seus aspectos.

Ihering empresta grande valor à possibilidade do imediato reconhecimento da posse. Contrapondo-se à escola subjetivista, fixa a noção de posse principalmente no aspecto econômico, uma vez que é pela destinação econômica dada à coisa, que se expressa a propriedade. Refuta a ideia de seu antecessor de identificar a *posse* pelo *animus* do agente, por se tratar de um aspecto de foro íntimo, imperceptível aos olhos da sociedade.

Ihering “dispensa” o *animus* para a concreção da posse. Primeiramente porque insuscetível de comprovação, de forma que basta o *corpus* para existência de posse. “A teoria de RUDOLF VON IHERING é por ele próprio denominada *objetiva* porque não empresta à intenção, ao *animus*, a importância que lhe confere a teoria subjetiva.”²³

Para distinguir quando há ou não posse “pergunte-se como o proprietário tem o hábito de agir com suas coisas, e se saberá quando admitir a posse e quando rejeitá-la”.

24

Apesar de, assim como seu antecessor, afirmar que a posse constitui-se pelos elementos material e psíquico lhes atribui nova significação.

Ihering confere grande valor à imediata possibilidade de reconhecimento da posse. Por esse motivo critica Savigny e seu exagerado subjetivismo. Refuta a utilização do *animus* como caracterizador da posse, pois difícil de ser constatado e comprovado. Para fazê-lo (caracterizar a posse) utiliza-se do critério econômico. Afirma o autor que as coisas tem sua situação normal ou anormal. Normal seria conferir destinação econômica à coisa segundo sua natureza e/ou destinação, pois é essa uma conduta que se espera do proprietário.

Assim, pelo critério da destinação econômica fácil se tornaria a constatação da existência ou não de posse no caso concreto. Portanto, o *corpus* para Ihering não é o poder

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

²⁴ IHERING, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20.

de fato sobre a coisa – como o define Savigny -, mas a conduta de dono, o modo de agir como dono, conferindo fim econômico à coisa.

Dessa forma, afasta a ideia de *corpus savignyana* – exercício físico, poder físico, apreensão da coisa – traduzindo-o como o fato/modo de portar-se como o proprietário da mesma, conferindo-lhe destinação econômica.

A teoria objetiva considera a posse uma exteriorização do domínio, ou seja, é o modo pelo qual o proprietário usa de fato sua propriedade, dando-lhe uma destinação econômica.

Logo, o elemento **corpus** não é uma simples relação material, pois consiste na manifestação exterior da vontade de fazer servir a coisa a suas necessidades, por meio do exercício dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade, ou seja: uso, gozo, disposição e defesa.²⁵ (Grifamos.)

O *corpus* se traduz na vontade de agir como proprietário, conferindo destinação econômica à coisa, enquanto o *animus* cinge-se na vontade de ter esse comportamento. “O *animus*, pois, para Ihering, é a consciência e a vontade do *corpus*, razão por que se acham ambos indissolavelmente ligados, estando este para aquele como a palavra para o pensamento”.²⁶

A posse não requer nem a intenção de dono nem o poder físico sobre o bem, apresentando-se como uma relação entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta. Caracteriza-se como a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono.

Buscando sintetizar a doutrina de Ihering, escreve Saleilles que o *corpus* não é senão o fato de agir a maneira de proprietário, deixando de ser considerado uma relação de dominação e passando a exteriorização de uma vontade, qual seja, a de fazer servir as coisas às suas necessidades, como seu dono o faria.²⁷

²⁵ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Foseense, 1997, p. 39.

²⁷ SALEILLES *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Foseense, 1997, p. 38.

Importante salientar que Ihering – contrariando a tese subjetivista também em relação a esse aspecto – admite o desdobramento da posse.

Nesse diapasão leciona Orlando Gomes: “A bipartição da posse em graus [que tem como pressuposto o trespasse da coisa a outrem] é construção doutrinária enraizada na concepção de Ihering”.²⁸

É o chamado *fenômeno da espiritualização da posse*, que ocorre quando há posse sem que haja poder de fato sobre a coisa, pois essa fora confiada a outrem (ao possuidor direto).²⁹

Assim, quando o proprietário cede a terceiro algum de seus poderes torna-se possuidor indireto, enquanto aquele que se utiliza o bem com fins econômicos é tido como possuidor direto.

Cumprir notar, como bem observa Moreira Alves que “ao contrário da teoria subjetiva, que parte da detenção para chegar à posse, a objetiva parte desta para aquela.”³⁰

Quanto à detenção sustenta que apresenta os mesmos elementos constitutivos da *posse*.

Diferencia os institutos não pelo elemento subjetivo, como o faz Savigny – até porque a vontade de possuir é exatamente a mesma com relação ao detentor e ao possuidor. O faz, portanto, pela existência de um fato objetivo, de um elemento externo, qual seja, o preceito legal.³¹

Nesse diapasão tem-se a detenção quando a norma rebaixa tal situação, caracterizando a detenção como a posse normativamente degradada.

²⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 59.

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 47.

³⁰ *Ibidem*, p. 60.

³¹ *Ibidem*, p. 39.

A divisão em posse e detenção não se faz a partir da vontade do agente de possuir a coisa, porque se demonstra idêntica com relação ao detentor e ao possuidor.³²

O que, em verdade, distingue a posse da detenção é um outro elemento externo, e, portanto, objetivo, que se traduz no dispositivo legal que, com referência a certas relações que preenchem os requisitos da posse, retira dela os efeitos possessórios.³³

Complemente-se os ensinamentos do jurista alemão com os de Sílvio de Salvo Venosa. Segundo Venosa, “há que se examinar em cada caso se o ordenamento protege a relação com a coisa. Quando não houver proteção, o que existe é *mera detenção*. Como conseqüência, a posse deve ser a regra”. Dessa forma, “quando no caso concreto prova-se que existe uma *degradação nessa posse*, e o ordenamento a exclui, ocorre uma *causa detentionis*, relação jurídica excludente da posse.”³⁴

Nos dizeres de Pazini:

Detentor é toda pessoa que explora a coisa nos termos do art. 1.196 do CC, mas de quem, por motivo de opção legislativa, foi negada a condição de possuidor. A opção legislativa de desqualificar o explorador da coisa como possuidor deve-se justamente à intenção do legislador de negar-lhe os efeitos da posse. Assim, temos que a detenção é uma figura de ficção jurídica, isto é, o sujeito é possuidor em razão de enquadrar-se na definição do art. 1.196, mas é considerado para efeitos legais como se não fosse. Em outras palavras, o sujeito enquadra-se no conceito de possuidor previsto no art. 1.196, mas excepcionalmente não é considerado como tal por opção legislativa.³⁵

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald observam que

A detenção (também chamada de tença) é, portanto, uma posse degradada, juridicamente desqualificada pelo ordenamento vigente. O legislador entendeu que, em determinadas situações, alguém possui poder fático sobre a coisa sem que sua conduta alcance repercussão jurídica.³⁶

³² *Ibidem*, p. 66.

³³ *Ibidem*, p. 60.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 48

³⁵ *Os vícios objetivos da posse no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Privado. São Paulo: v.9 n.34 abr. / jun. 2008, p. 70-71.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 66.

A detenção é, pois, situação fática igualada a posse quanto ao suporte fático, com a diferença de a norma não ter lhe ter sido conferido guarida normativa.

1.2. A ADOÇÃO DA DOCTRINA DE IHERING NO CONCEITO DE POSSE NOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002.

O Código Civil brasileiro de 1916 foi a primeira legislação a adotar a teoria objetiva da posse, “apresentando-se como a construção legislativa que mais se aproxima do pensamento de Ihering.”³⁷

Clóvis Bevilacqua, autor do projeto pioneiro, expressamente revela sua predileção pela teoria objetiva acentuando que “afastou, inteiramente, a construção de Savigny, por não corresponder à realidade dos factos nem à lógica do direito.”³⁸ E complementa: “como quer que seja, a noção de posse (...) é extraída da doutrina de Ihering.”³⁹

Apesar de admitir a relevância da doutrina subjetiva - notadamente por conseguir compilar de maneira lógica e didática os assuntos relativos à posse, tendo, por tal razão, grande receptividade nas legislações do século XIX – giza Clóvis estar ela ultrapassada, mormente quanto à ideia do *corpus*, devendo ser posta em definitivo dentre as curiosidades históricas.

A esse respeito, manifesta-se Carlos Roberto Gonçalves:

Malgrado o prestígio de SAVIGNY e a adoção de sua teoria nos códigos de diversos países, a teoria objetiva de IHERING revela-se a mais adequada e satisfatória, tendo, por essa razão, sido perfilhada pelo Código Civil de 1916, no art. 485.⁴⁰

³⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39.

³⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado**, vol III. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, p.10

³⁹ BEVILÁQUA *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

Reza o art. 485 do Código de Bevilacqua:

Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

Outra, no entanto, era a redação do projeto, o qual previa a figura do possuidor da seguinte forma: “Art. 565.: Considera-se possuidor todo aquele que se acha em situação de fato correspondente ao exercício pleno ou limitado da propriedade.” Muito embora a redação original tenha sofrido modificações ao longo do processo legislativo, manteve-se à filiação aos ensinamentos de Ihering.

O próprio Clóvis confessa que “(...) o título da posse não manteve a sua feição que lhe imprimira o *Projecto primitivo*. Alterou-o em muitos pontos, a Comissão do governo, embora não lhe repelisse, na essência, a doutrina aceita.”⁴¹

Interessante é a crítica apresentada por Rui Barbosa⁴² em um de seus pareceres sobre o projeto de Bevilacqua: “A rubrica é *Da posse*. Devia-se, pois, esperar a definição desta, e a que se nos oferece, é a do possuidor. Por quê? Lógica ou juridicamente, por quê?”

Apesar de não corrigir o equívoco, da definição de possuidor dada pelo atual Código é possível extrair elementos bastantes para compreensão do conceito legal da posse.⁴³

Dispõe o art. 1.196 do *Codex* vigente:

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

Interpretando a letra da lei, “possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não.”⁴⁴ Na

⁴¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado**, vol III. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, p.10

⁴² BARBOSA, Rui *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 07.

⁴³ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

sistemática de nosso direito civil a posse se apresenta como uma relação entre pessoa e coisa em razão da função econômica da última, caracterizando-se como a exteriorização da conduta de dono⁴⁵.

Mantendo-se filiado à teoria objetiva⁴⁶ o sistema jurídico brasileiro concebeu os elementos constitutivos da posse consoante Ihering, traduzindo o *corpus* no comportamento semelhante ao do proprietário e o *animus* na vontade de agir dessa maneira.

Portanto, se possuidor é aquele que atua em face da coisa como se fosse proprietário, pois exerce algum dos poderes inerentes ao domínio, **a posse, para o codificador, caracteriza-se como exteriorização da propriedade, dentro dos termos da concepção de Ihering.**⁴⁷ (Sem grifos no original.)

Cumprido observar, no entanto, que apesar de toda sua predileção pela teoria de Ihering, o legislador faz ressalvas à doutrina subjetivista. É o que afirma Silvio Rodrigues:

Verdade que nalguns passos, e como veremos, o legislador se deixou arrastar pela doutrina de SAVIGNY, voltando à idéia de apreensão material da coisa. Mas, basicamente, o legislador de 1916 e o de 2002 disciplinaram o instituto da posse, inspirados nas idéias de IHERING.⁴⁸

Nesse diapasão, Maria Helena Diniz observa que apesar da teoria subjetivista não mais condizer com a mentalidade jurídica atual, serem perceptíveis os resquícios por ela deixados, não estando o nosso Código Civil totalmente desvencilhado dessa doutrina, como se verifica no confronto entre os arts. 1.204 e 1.223, alusivos à perda e aquisição da posse.⁴⁹

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 29.

⁴⁷ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil: direito das coisas**. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

⁴⁸ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil: direito das coisas**. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

Nelson Rodrigues e Rosenvald⁵⁰ também se manifestam no mesmo sentido.

Confira:

Ao conceituar a posse da mesma maneira que o seu antecessor, o Código Civil de 2002 filia-se à teoria objetiva, repetindo a nítida concessão à teoria subjetiva no tocante à usucapião como modo aquisitivo da propriedade que demanda o *animus domini* de SAVIGNY. Com efeito, predomina na definição da posse a concepção de IHERING.

Outra importante advertência que fazem os autores diz respeito ao arranjo feito pelo legislador, que posicionou os artigos alusivos à posse antes daqueles referentes à propriedade.

O código Civil de 2002, ratificou a via eleita pelo Código de 1916, pela inserção da posse no livro do direito das coisas. Seguidor das teses de IHERING, CLÓVIS BEVILAQUA entendeu que a posse é um caminho para a propriedade e deve ser inserida antes do seu estudo, como um ponto de transição momentânea. Aliás, nesse ponto contrariou o próprio mentor, que entendia ser essencial o estudo prévio da titularidade, para posteriormente se alcançar a posse.⁵¹

Quanto às – poucas – inovações trazidas pelo novo código Carlos Roberto Gonçalves bem ressalta que

“O art. 485 do Código Civil de 1916, ao definir o possuidor, aludia ao poderes inerentes ao *domínio*, ou propriedade. O vocábulo *domínio* tem caráter restritivo, pois é usado somente em relação às coisas corpóreas. Já a palavra *propriedade* abrange também as incorpóreas. Como a posse não se limita às *corporales res*, podendo o seu objeto consistir em qualquer bem, o Código Civil de 2002 suprimiu a expressão “ao domínio”, que a doutrina considerava ociosa, sem afastar do âmbito da posse qualquer espécie de bem.”⁵²

Por derradeiro, cumpre trazer à colação o projeto de lei nº 6.960/2002, o qual, a nosso ver, exprime de forma mais fidedigna os ensinamentos de Ihering, mormente sua aceção a respeito do *corpus*. Propõe o projeto a seguinte redação para o art. 1.196:

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

1.3. OS EFEITOS DA POSSE EM RELAÇÃO ÀS BENFEITORIAS.

1.3.1. A posse e seus efeitos.

Apesar da eficácia jurídica da posse ser amplamente reconhecida, assim como todos os demais assuntos a ela correlatos, há dissenso doutrinário quanto à determinação dos efeitos possessórios.

De um lado aqueles que admitem a pluralidade dos efeitos. Os próprios pluralistas, entretanto, dissentem quanto a sua delimitação. Enquanto uns chegam a atribuir 72 efeitos diversos, Savigny apenas admite os interditos e a usucapião “sob o fundamento de que são os únicos efeitos que se produzem independentemente de qualquer idéia de propriedade.”⁵³

De outro lado, os que por definirem posse como sendo a exteriorização/visibilidade da propriedade – como o faz Ihering -, partidários do efeito único: a presunção de propriedade, do qual dimanam todos os outros. Para esse grupo até mesmo a proteção possessória via interditos seria consequência dessa propriedade presuntiva.⁵⁴

Quanto às implicações jurídicas da posse afirmam Orlando Gomes⁵⁵ e Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶ que os efeitos relativos às benfeitorias são uns dos mais importantes. Antes, porém, de adentrarmos propriamente no assunto, necessária uma breve elucidação acerca do conceito e classificação de benfeitorias.

⁵³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 77-78.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 83.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

1.3.2. Conceito e classificação de benfeitorias.

Benfeitorias são obras ou despesas feitas num móvel ou imóvel como fito de conservá-lo e permitir sua normal exploração, melhorar sua utilização ou de oferecer recreação a quem o desfrute ou de simplesmente embelezá-lo. “Vale dizer, as benfeitorias não são coisas, porém ações que originam despesas e bens.”⁵⁷ (Sem grifos no original.)

Como bem atenta Venosa, decorrem da atividade humana, não podendo ser assim consideradas os acréscimos naturais à coisa. No mesmo sentido Serpa Lopes⁵⁸ afirma que “E’ de se observar, entretanto, não se poder considerar como benfeitorias os melhoramentos sobrevindos à coisa sem a intervenção do possuidor ou detentor.”

Desde o direito romano classificam-se em três grupos as despesas ou os melhoramentos que podem ser realizados nas coisas: a) *impensae necessariae*; b) *impensae utiles* e c) *impensae voluptuariae*, assim compreendidos como benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, respectivamente.⁵⁹

O Código Civil brasileiro manteve essa classificação, *in verbis*:

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.

Necessárias são as benfeitorias que se destinam a conservar a coisa, de modo a impedir que pereça ou se deteriore tanto física quanto juridicamente, garantindo, pois,

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁵⁸ O autor apenas ratifica o disposto no art. 97 do *Codex*: “Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**, v. VI, 4. ed. revista e atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 267.)

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192.

a normal exploração da coisa. Como exemplo tem-se o conserto de paredes com infiltrações e o pagamento dos encargos tributários relativos ao imóvel.

Arturo Valencia Zea diz ser o uso social o aspecto que determina se uma benfeitoria é ou não necessária para conservação material da coisa, “entendendo-se como tal não só o fato de que a despesa impediu a destruição da coisa, como também que impediu que se desvalorizasse ou se tornasse inapta para a sua exploração.”⁶⁰

Ainda quanto às benfeitorias necessárias Alvaro Bourguignon afirma:

(...) o melhor critério de identificação das benfeitorias necessárias é aquele que toma por referência a atitude provável do proprietário no trato com seus bens. Em outras palavras, necessária será a benfeitoria oriunda de obra ou despesa que, com razoável dose de certeza, pode-se supor que o próprio proprietário realizaria como condição para conservação de seu patrimônio.⁶¹

Benfeitorias úteis são tidas como as efetuadas para melhorar, aumentar ou facilitar a utilização do bem, a exemplo da pavimentação das vias de acesso de um prédio ou a colocação de grades nas janelas em prol da segurança do prédio.

Já as voluptuárias, também denominadas de suntuárias⁶², são aquelas que apenas tornam a coisa mais agradável, v.g. a implantação de piso de mármore importado num imóvel ou a pintura de um painel por artista premiado.⁶³

Insta salientar que a identificação da natureza jurídica das benfeitorias deva ser feita não por conceitos rígidos, mas diante do caso concreto, considerando a necessidade de sua realização.⁶⁴ Ao classificar a benfeitoria, imperativo averiguar sua relação/conexão

⁶⁰ ZEA, Arturo Valencia *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192-193.

⁶¹ BOURGUIGNON, Álvaro Manuel Rosindo. **Embargos de Retenção por Benfeitorias**, v. 40. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

⁶² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 86.

⁶³ Exemplos trazidos da obra de VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 107.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

com a coisa sob a ótica do proprietário, pois é a partir dele que se verifica a essencialidade ou não do dispêndio.⁶⁵

Cumpra observar que benfeitorias não se confundem com acessões. Importante essa distinção, pois, como bem adverte Carlos Roberto Gonçalves⁶⁶, a jurisprudência equivocadamente vem reconhecendo às acessões a aplicação de conseqüências jurídicas inerentes às benfeitorias, malgrado serem institutos diversos, obedecendo as acessões a regras próprias, instituídas nos arts. 1.253 a 1.259 do Código Civil.

Enquanto benfeitorias são melhoramentos efetuados em coisa *já existente* acessões são obras que criam coisas novas.⁶⁷ Ao distinguir os institutos Orlando Gomes adverte terem aquelas cunho complementar ao passo que essas se traduzem em coisas novas, como as construções e plantações.⁶⁸

Também não se confundem benfeitorias com pertenças, as quais se caracterizam pela não aderência, mantendo-se autônomas, já que não integram fisicamente a coisa e passíveis de remoção e alienação em separado.⁶⁹

1.3.3. Direito de indenização, retenção e levantamento das benfeitorias.

Feitas essas considerações, parte-se para os efeitos da posse propriamente ditos, de cunho eminentemente patrimonial, conforme a explanação a seguir.

Como ressalta Rosenvald⁷⁰ a produção dos efeitos possessórios em relação às benfeitorias, seja de qual classificação forem, só se demonstra relevante quando erigidas em coisas não próprias, ou seja, realizadas na coisa de outrem. Isso porque, devido ao seu caráter acessório seguem a sorte do principal a ele se aderindo de tal modo que extremamente difícil, senão impossível a sua separação sem detrimento do bem principal. Desta feita, em

⁶⁵ BOURGUIGNON, Alvaro *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194. No sentido contrário: FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 193.

⁶⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 86.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 99.

razão do princípio *accessorium sequitur principale*, as benfeitorias erigidas adicionam-se ao patrimônio do proprietário da coisa.

É justamente em razão dessa incorporação das benfeitorias à coisa que deve o possuidor ser ressarcido pelas despesas realizadas, pois do contrário estaria o proprietário a locupletar-se a suas custas.

Como o nosso sistema jurídico tem por princípio a proibição do enriquecimento ilícito e/ou sem causa o Código Civil optou por cancelar o dever de restituir o indevidamente auferido a custa de outrem.

“A justificativa assenta-se na máxima da equidade que não permite que se enriqueça alguém à custa alheia.”⁷¹ Assim, ao determinar o ressarcimento dos valores visa o legislador evitar o enriquecimento sem causa.

Desta feita, “não podendo conservar a coisa acessória, quando absorvida pela principal, o possuidor fará jus ao equivalente em dinheiro.”⁷² Essa restituição pecuniária, no entanto, não se dá indistintamente. É o que afirma :

As distinções no tocante aos efeitos econômicos derivados da realização de benfeitorias decorrem da compatibilização da boa-fé ou má-fé do possuidor com a natureza das obras ou despesas por ele efetivadas, sendo regulamentada a matéria nos arts. 1.219 a 1.222 do Código Civil.

Como dispõe o art. 1.220⁷³ do *Codex*, ao possuidor de má-fé é assegurado tão somente o direito ao ressarcimento pelas despesas efetuadas para a consecução das benfeitorias necessárias.

Já o possuidor de boa-fé tem resguardado o ressarcimento não só das benfeitorias necessárias como as úteis. É o que prescreve a primeira parte do art. 1.219⁷⁴ do

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196.

⁷² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83.

⁷³ **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.”

CC. O ressarcimento das benfeitorias úteis não é questão uniforme entre os doutrinadores. Alguns afirmam que ao possuidor de má-fé deveria ser estendido esse direito, haja vista ter sido a benfeitoria convertida em proveito ao proprietário.

O Código Civil, no entanto, em seus arts. 1.219 e 1.220 deixa clara a exclusão do possuidor de má-fé por esse agir culposamente ao introduzir melhoramentos que o proprietário poderia dispensar. Nesse sentido, Tito Fulgêncio afirma que esse caminho teria sido escolhido pelo ordenamento como uma forma de compensar o dono pelo tempo em que esteve injustamente privado de seu bem.⁷⁵

Não bastando o direito de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias é conferido ao possuidor de boa-fé o direito de retê-las enquanto não adimplida a obrigação compensatória (parte final do art. 1.219). O direito de retenção é um meio de defesa outorgado ao possuidor de boa-fé que permite que esse se mantenha na detenção da coisa como forma de constranger o proprietário ao pagamento.

Como bem leciona Silvio Rodrigues:

O direito de retenção é um dos vários meios diretos de defesa que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na prerrogativa, concedida pela lei ao possuidor, de conservar a coisa alheia além do momento em que a deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o credor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa.⁷⁶

Essa modalidade de garantia é concedida tão somente ao possuidor de boa-fé. O possuidor de má-fé jamais obterá o *jus retentionis* em razão de sua condição ilícita, pois “introduziu melhoramentos na coisa já consciente de que se beneficiava de bem de outrem”.⁷⁷

⁷⁴ **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 levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.”

⁷⁵ FULGÊNCIO, Tito *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V:** direito das coisas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

⁷⁶ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil:** direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100.

O último efeito que se tem é em relação às benfeitorias voluptuárias. Essas não são ressarcíveis, ainda que a posse seja de boa-fé.

O possuidor que se encontre na condição de boa-fé goza do *jus tollendi*, ou seja, tem o direito a levá-las desde que sua extração não resulte em dano ao bem principal e que o reivindicante não prefira ficar com elas, indenizando-o por isso. “Mas se nem o possuidor de boa-fé nem o possuidor de má-fé podem pleitear indenização por melhoramentos que não aumentam o uso habitual da coisa, diversa, no entanto, é a posição jurídica de cada qual no que concerne a essas benfeitorias.”⁷⁸

Cumprido neste momento, esclarecer que o possuidor não tem o direito à indenização pelos melhoramentos suntuários. Apenas quando o proprietário exerce o seu direito de escolha no sentido de manter-se com as benfeitorias voluptuárias é que surge para o possuidor o direito de indenização. Não lhe é, portanto, um direito inerente, mas a consequência do poder potestativo do proprietário do bem principal.

Num quadro sinótico, podem-se resumir os efeitos da posse da seguinte maneira:

O possuidor de boa-fé tem direito:

- a) à indenização das benfeitorias necessárias;
- b) à indenização das benfeitorias úteis;
- c) ao levantamento das benfeitorias voluptuárias;
- d) a exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis;

O possuidor de má-fé tem o direito exclusivamente à indenização das benfeitorias necessárias.⁷⁹

O art. 1.222⁸⁰ do Código de 2002 inovou ao diferenciar o valor da indenização das benfeitorias necessárias conforme a boa-fé ou má-fé do possuidor. Com essa

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 86.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 84.

⁸⁰ **Art. 1.222:** “O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.”

obrigação facultativa procurou o legislador conciliar na medida do possível o injusto enriquecimento em situações em que ambas as partes sofrem prejuízo de fato.⁸¹ Nesse sentido Bevilacqua é acompanhado pela jurisprudência ao entender que o possuidor deverá ser receber exatamente o que despendeu.⁸²

Por derradeiro impende salientar que uma das condições essenciais para o direito de haver indenização por benfeitorias é a de sua existência ao tempo da evicção, pois do contrário não há que se falar em proveito para o proprietário, inexistindo, pois, fundamento para a compensação pecuniária. Ressalte-se ainda que compensam-se com os danos por ventura causados pelo evictor.⁸³

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p. 110.

⁸² BEVILACQUA, Clóvis *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.

⁸³ **Art. 1.221:** “As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.”

CAPÍTULO II

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar que da conjugação das características dos bens públicos com a teoria possessória adotada pelo nosso ordenamento jurídico (teoria objetiva de Ihering) a relação existente entre o particular e o bem público não possa ser considerada como posse, mas mera detenção.

2.1. DA IMPOSSIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS SEREM OBJETO DE POSSE.

2.1.1. Conceito e classificação de bens públicos.

São públicos os bens⁸⁴ pertencentes à União, estados, municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como os pertencentes a terceiros quando vinculados à prestação de serviço público.⁸⁵

Da definição supra infere-se que foram utilizados os critérios subjetivo e finalista para caracterização dos bens.

Pelo critério subjetivo a divisão entre bens públicos e privados decorre do sujeito que os tem sob seu poder. Dessa forma, são considerados como públicos os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público.⁸⁶

Pelo critério finalista são tidos como públicos aqueles que, independente de seus titulares, participam da atividade administrativa pública. Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles que ainda que sejam patrimônio de instituição de personalidade privada devem ser assim considerados como públicos uma vez que vinculados, ainda que de forma descentralizado e/ou indireta, ao serviço público.⁸⁷

Importante classificação dos bens públicos se faz quanto à sua destinação/afetação. “*Afetação* é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso

⁸⁴ Assim compreendidos como “todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações (...)” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 480).

⁸⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 711.

⁸⁶ Adotam referido critério: Celso Antônio Bandeira de Mello, ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2009, p. 863.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 481.

comum ou especial (...)”⁸⁸ advinda da própria natureza da coisa, da lei ou de ato administrativo. Nesse aspecto são divididos em três categorias, a saber: bens de uso comum, de uso especial e dominicais⁸⁹.

2.1.2. Características.

Os primeiros tem como principal característica a sua utilização indiscriminada. O Estado os coloca à disposição da população, podendo “ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.”⁹⁰ Como exemplo tem-se os rios, estradas e logradouros públicos. Ressalte-se que a fruição desses pode se dar de maneira gratuita ou onerosa, não caracterizando a cobrança de taxas e/ou preço público ato discriminatório, uma vez que oponível/oposto a todos indistintamente.⁹¹

Cumprir observar, também, que o Poder Público não perde a administração e vigilância desses (poder de polícia), pelo contrário, tem o dever de mantê-los em condições normais de utilização. Assim, deve existir regulamento com critérios objetivos que disciplinem seu uso, pois, do contrário, estar-se-ia a ferir o princípio da impessoalidade, norteador do Direito Público.⁹²

Já os bens de uso especial muito embora não integrem propriamente a Administração, constituem o aparelhamento utilizado diretamente por ela no exercício de suas funções e na consecução de seus fins, v.g. prédios usados como repartições públicas e veículos oficiais.⁹³

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 769.

⁸⁹ Enquanto Cretella Júnior observa que o termo “dominical” não se confundir com “dominical”, sendo primeiro gênero do qual o segundo é espécie, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello utilizam os vocábulos como sinônimos, sendo esse último o entendimento utilizado na elaboração do presente trabalho.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 544.

⁹¹ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2009, p. 864. No mesmo sentido MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional de 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p.782.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 487.

⁹³ *Ibidem*, p. 483.

Os dominicais não tem “destinação pública determinada nem um fim administrativo específico (...)”⁹⁴, sendo destituídos de qualquer finalidade pública propriamente dita. Constituem o patrimônio/domínio do Estado, sendo, pois, a função financeira uma de seus principais traços - razão pela qual são também chamados de bens do patrimônio fiscal, ou bens do domínio privado do Estado.⁹⁵

Os bens públicos tem como aspecto fundamental a sua intangibilidade, do qual se extraem as seguintes características: (a) inalienabilidade; (b) imprescritibilidade, (c) impenhorabilidade e (d) não onerabilidade.⁹⁶

A inalienabilidade “(...) é o atributo daquilo que não pode ser transferido, disposto ou alienado; que não pode passar de *dominus* para outro.”⁹⁷

Nesse diapasão, os de uso comum e especial (também chamados de bens do patrimônio indisponível do Estado⁹⁸) porque encontram-se “afetados ao *uso do povo* ou ao *serviço público*” são intangíveis, não podendo o Estado aliená-los enquanto conservarem tal qualificação.⁹⁹

Importante ressaltar que a preposição acima não significa, via transversa, serem alienáveis os bens dominicais, pois estes estão revestidos pelo manto do princípio da legalidade, ou seja, a alienabilidade está condicionada a expressa previsão legal.¹⁰⁰

Apesar de equivocadamente denominados de bens do patrimônio disponível do Estado, os bens públicos dominicais não podem ser adquiridos/objeto de contrato de transmissão dominial, ressalvadas as hipóteses que preencham os requisitos da lei 8.666/93 –

⁹⁴ *Ibidem*, p. 484.

⁹⁵ Nesse diapasão afirma Cretella Júnior: “Dos três tipos de bens do domínio público nacional, apenas os bens dominicais produzem renda, constituindo, propriamente, o patrimônio do Estado.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 337.)

⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 556.

⁹⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 719.

⁹⁸ Essa indisponibilidade em relação aos bens de uso comum decorre, via de regra, de sua própria natureza, não patrimonial, enquanto a dos bens de uso especial se dá por ato de disposição do Poder Público.

⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 557-558.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 770.

dentre os quais se destacam: o interesse público, lei autorizativa, prévia avaliação da coisa e o devido processo licitatório. Portanto, essa alienabilidade dos bens dominicais não se faz absoluta, haja vista a subordinação da Administração à lei.

A segunda característica, a imprescritibilidade, decorre como consequência lógica da primeira.¹⁰¹ “Quer-se com esta expressão significar que os bens públicos – *sejam de que categoria forem* – não são suscetíveis de usucapião”.¹⁰²

O fundamento para a imprescritibilidade se dá em razão da natureza da usucapião. Isso porque se não se pode alienar, transferindo o domínio a particulares, também não podem ser usucapidos os bens públicos, haja vista a usucapião tratar-se de meio de aquisição da propriedade.

O terceiro traço, a impenhorabilidade, também visa garantir a integridade do patrimônio Estatal.

Ao regime da penhora – “instituto de natureza constritiva que recai sobre o patrimônio do devedor para propiciar a satisfação do credor na hipótese de não pagamento da obrigação” – não se sujeitam os bens públicos, devendo ser os créditos contra a Fazenda Pública satisfeitos por meio próprio, qual seja, o dos precatórios – ressalvadas as obrigações de pequeno valor que podem ser adimplidas mediante pagamento direto.¹⁰³

Da impenhorabilidade exsurge a impossibilidade de oneração dos bens públicos. Dessa forma, não podem ser objeto de direito real de garantia sobre coisa alheia, pois estar-se-ia a burlar a prerrogativa que tem a Administração de satisfazer suas obrigações via precatório.

Infere-se então que a imprescritibilidade, assim como a impenhorabilidade e não onerabilidade são características conseqüentes da inalienabilidade dos bens públicos

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 504.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 772.

¹⁰³ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2009, p. 867.

(sejam os ditos disponíveis quanto os indisponíveis), pois visam garantir que o *domínio público*¹⁰⁴ não seja trespassado ao domínio de particulares por vias obsoletas.

2.1.3. A impossibilidade jurídica da posse de bens públicos segundo a doutrina de Ihering.

E é em razão de todas as características acima colacionadas que se traz a baila um aspecto salutar dos bens públicos: a impossibilidade de serem objeto possessório. A impossibilidade deriva senão do fato de serem inalienáveis, intangíveis, traços esses resultantes do caráter *extra commercium* dos bens públicos. Nesse diapasão, mister as palavras de Carlos Roberto Gonçalves, vide:

O novo Código, ao contrário do anterior, não dedicou um capítulo aos bens que estão *fora do comércio*. No entanto, não há dúvida de que se encontram nessa situação os bens mencionados no art. 69 do Código de 16: os insuscetíveis de apropriação (naturalmente indisponíveis, como o ar atmosférico, p. ex.) e os legalmente inalienáveis (de uso comum do povo, p. ex.) malgrado não expressamente mencionados no novo estatuto civil.¹⁰⁵

Manuel Rodrigues, em sua obra *A Posse, 1996*, afirma as coisas públicas e comuns estarem fora do comércio, não podendo ser reduzíveis a propriedade privada.¹⁰⁶

Dos ensinamentos supra, aduz-se que se fora do comércio não são passíveis de apropriação, não podendo ser transferidos ao domínio de particulares. E se não podem ser objeto de propriedade tampouco podem o ser da posse, pois essa nada mais é que a exterioridade daquela.

Segundo a doutrina de Ihering, somente é possível a posse onde a propriedade também o é. Uma vez que o direito público lida com bens *extra commercium*¹⁰⁷ impossível a posse desses por particulares, pois intangíveis, inapropriáveis. “Ora, não se

¹⁰⁴ Expressão aqui utilizada como sinônimo de “bens públicos”.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações do novo código civil de 2002**: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Manuel *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 161.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 555.

concede o título legítimo de posse em relação a bens inalienáveis (...)”¹⁰⁸, posto que a posse não é senão a exteriorização do direito de propriedade.

Oportuno asseverar que utilizamos a teoria objetiva da posse para esgotar o assunto, pois essa se mostra a melhor doutrina, tendo sido a acolhida por nosso ordenamento jurídico (conforme exposto no item 1.2).

Corroborando a impossibilidade do “apossamento” dos bens públicos, afirma Serpa Lopes:

Considerando-se a posse, como pretende IHERING, a exteriorização do domínio, segue-se daí somente ser ela possível onde igualmente a propriedade seja concebível.

São então suscetíveis de posse todas as coisas corpóreas *in commercio*, sendo, portanto, impossíveis de uma relação possessória, as coisas *extra commercium*.¹⁰⁹

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz aduz perder-se a posse “por ter sido a coisa colocada fora do comércio por motivo de ordem pública”.¹¹⁰

Venosa, a respeito da questão explana: “A regra geral, no entanto, é a impossibilidade jurídica de posse sobre os bens inalienáveis.”¹¹¹

Orlando Gomes também se manifesta quanto à impossibilidade da posse do domínio público. Confira: “Tanto as coisas insuscetíveis de apropriação como as legalmente inalienáveis não podem ser possuídas, uma vez que sobre os bens que estão fora do comércio não se pode exercer, com exclusividade, qualquer dos poderes inerentes ao domínio.”¹¹²

¹⁰⁸ CRETILLA JÚNIOR. José. **Tratado de domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 35.

¹⁰⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**, v. VI, 4. ed. revista e atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 178

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71.

¹¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94.

¹¹² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 74.

Moreira Alves cinge que os particulares não terem quaisquer faculdades ou direitos de usar os bens públicos, por esses não se coadunarem com a ideia de posse.¹¹³

A teoria objetiva de Ihering se mostra bastante para negar a posse dos bens públicos. Isso porque, como exterioridade da propriedade só é viável juridicamente quando o domínio por particular também o é. Como os bens públicos tem por característica a extra comercialidade, não podem ser trespassadas ao domínio de particulares, o que impede a posse dos bens públicos.

Há, todavia, posição doutrinária contrária. A exemplo temos Rosenvald que acredita haver sim posse de bem público, tendo a lei apenas decotado um de seus efeitos, a saber: a possibilidade de condução ao usucapião.

É de salutar importância para o trabalho informar que a impossibilidade da posse de bens públicos por particulares já restou atestada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do distinto ministro Orosimbo Nonato, cujas palavras seguem reproduzidas:

Nenhuma dúvida há de que os bens públicos não oferecem superfície à posse de particulares. Qualquer direito que sobre eles exerçam particulares é detenção. Podem existir todos os elementos da posse, mas ocorre a proibição legal, que degrada a ação possessória a simples detenção. É o elemento “-n”, da fórmula de Ihering.¹¹⁴

Note que o ministro deixa inequívoco o fato de estar dispondo a respeito de terras públicas, tanto o é que ao referir-se da detenção aduz: “é dela [detenção] que se trata, se o particular exerce poder de fato em imóvel do Estado.”¹¹⁵ (Destacamos).

¹¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 161.

¹¹⁴ STF. 2ª Turma. RE 28481, Rel. Min. OROZIMBO NONATO, j. 19/08/1955.

¹¹⁵ *Ibidem*.

2.2. A DETENÇÃO COMO RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICULARES E BENS PÚBLICOS.

2.2.1. Formas de aproximação entre pessoa e coisa.

Três são as formas pelas quais o homem pode se aproximar de um bem: a) pela propriedade, quando há titularidade do direito real; b) pela posse ou c) pela detenção, hipótese que não corresponde a direito algum, pois o poder fático exercido sobre a coisa fora desqualificado pela lei.¹¹⁶

Conforme exposto no item 1.3., é juridicamente impossível a posse de bens públicos. Também não há que se falar em propriedade desses, haja vista serem públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, não estando o particular inserido dentre esses. Resta, pois, caracterizar a relação particular – bem público como detenção.

2.2.2. Detenção. Espécies.

Consoante critério a autonomia, classifica-se a detenção em dependente ou autônoma, conforme dependa, ou não, que outro esteja inculido na posse do bem para relacionar-se com ele. Quanto a essa classificação impende asseverar que a detenção dependente é lícita, a independente ilícita.

Investidas na categoria de detenção dependente temos a do fâmulo da posse e a resultante dos atos de mera permissão ou tolerância. Essas duas categorias se distinguem em razão da motivação do detentor. Expliquemos. Enquanto o fâmulo da posse age em nome alheio, aquele que tem sua detenção tolerada ou permitida age buscando satisfazer interesses próprios.

O conceito de fâmulo da posse é trazido pelo art. 1.198¹¹⁷ do código civil. É assim considerado aquele que, em nome do dono ou do verdadeiro possuidor¹¹⁸, como mero instrumento de sua vontade,¹¹⁹ detém fisicamente a coisa sob seu poder.

¹¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹¹⁷ **Art. 1.198:** “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.”

Maria Helena Diniz é quem melhor traz a definição de servidor da posse.

Confira:

O “fâmulo da posse” é aquele que, em virtude de sua situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação em relação a outra pessoa (possuidor direto ou indireto) exerce sobre o bem, não uma posse própria, mas a posse desta última em nome desta, em obediência a uma ordem ou instrução.¹²⁰

O maior exemplo que se tem esbarra na figura do caseiro ou zelador – também denominado de gestor da posse, detentor dependente ou servidor da posse – que atua materialmente sobre a coisa, porém sem autonomia, exercendo, pois, apenas a posse natural.

Apesar da existência de uma relação de ordem, obediência e autoridade¹²¹, não se faz necessária que essa subordinação se dê em razão de um vínculo laboral sendo dispensável, também, a contraprestação pecuniária.¹²² Luiz Guilherme Loureiro bem define essa relação entre possuidor e detentor dizendo que “estão unidos por uma relação jurídica – não necessariamente de direito civil – de autoridade e subordinação.”¹²³

Para encerrar o assunto importante dizer que o fâmulo não tem legitimidade ativa para invocar os interditos em nome próprio, até porque, conforme dito, sua detenção é desinteressada, de modo que age sempre em nome e em proveito de terceiro, *in casu*, do verdadeiro possuidor. É-lhe assegurado apenas o poder-dever de exercer a auto-proteção das coisas que lhe foram confiadas.¹²⁴

¹¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 70.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

¹²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹²³ LOUREIRO, Luiz Guilherme *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

Esgotada a hipótese de detenção dependente desinteressada, partamos para a primeira parte do art. 1.208¹²⁵, que trata dos atos de mera permissão ou tolerância. Em ambas as situações “o usuário encontra-se em uma situação de poder transitório e efêmero sobre a coisa” que não configura posse.

Aquele que se relaciona com a coisa seja por permissão, seja por tolerância, não pode impedir que a outra parte, unilateralmente, destitua seu vínculo com a coisa. Verifica-se, portanto, que a permissão e tolerância caracterizam-se pela transitoriedade e possibilidade de supressão a qualquer tempo, sem que nenhum direito seja garantido ao detentor.¹²⁶

Como bem leciona Maria Helena Diniz: “esses atos tolerados ou meramente permitidos constituem uma das formas, no sentido romano, de concessão benévola e revogável, não induzindo, portanto, posse.”¹²⁷ Por ser tênue, no entanto, a linha que os distingue da posse, deve seu exame se dar caso a caso e de forma minuciosa.¹²⁸

A permissão é resultado da autorização expressa do verdadeiro proprietário ou possuidor para a utilização de seu bem. “Representa uma manifestação de vontade não negocial, configurando um ato jurídico em sentido estrito.”¹²⁹ Exemplificando, ela ocorre quando A permite que B, seu vizinho, utilize sua vaga na garagem.

Já a tolerância não representa uma autorização propriamente dita, mas uma indulgência, um perdão, o qual tem o condão de retirar a ilicitude do ato praticado por terceiro.¹³⁰ “Na tolerância há uma atitude espontânea de inação, de passividade, de não-intervenção”¹³¹ Como bem leciona Orlando Gomes, “consiste na ausência de oposição a ato de terceiro.”¹³², sendo assim tida como um consentimento tácito. A exemplo temos B, que

¹²⁵ **Art. 1.208:** “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (...).”

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

¹²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 72.

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39-40.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹³² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 70.

mesmo sem prévia autorização de A, estaciona seu carro em sua vaga, mantendo-se A inerte, condescendente com a situação.

Enquanto a permissão diz respeito a uma atividade a ser realizada sobre coisa alheia após a autorização do verdadeiro possuidor para tanto, na tolerância o usuário apreende fisicamente a coisa independente de qualquer licença. A tolerância, não é um caso de detenção não previamente permitida, como o é a permissão, mas ulteriormente chancelada, haja vista as condutas estarem se desenvolvendo no momento ou já terem se esgotado.¹³³

Quanto à natureza da jurídica da tolerância, Carlos Roberto Gonçalves afirma que ela é classificada como ato-fato jurídico, pois a vontade daquele que tolera não é levada em conta, “sendo considerada simples comportamento a que o ordenamento atribui consequências jurídicas.”¹³⁴

Importante ressaltar que o ônus da prova da tolerância recai sobre aquele que deseja demonstrar que o usuário do bem não age na qualidade de possuidor, mas de mero detentor.¹³⁵

Por fim, a detenção independente, a qual se desenvolve pela prática de atos violentos e clandestinos. Conforme a segunda parte do art. 1.208¹³⁶ “em nosso sistema, a relação fática com a coisa que tem início violento ou clandestino não é de posse, enquanto permanece a violência ou clandestinidade.”¹³⁷

Ato violento é aquele exercido contra o possuidor ou contra terceiros que atuam sob a sua supervisão com o fito de macular sua posse, tomando-a para si, mediante coação e/ou violência física ou moral. Ocorre, principalmente, com relação a bens imóveis, com a sua invasão.

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹³⁶ **Art. 1.208:** “Não induzem posse (...) assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.”

¹³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

Já o ato clandestino é o praticado “à socapa, às escondidas, com subterfúgios, estratagemas, manhas e ardis”.¹³⁸ É o caso de ladrão que furta pertence de seu possuidor sem que esse perceba.

Enquanto perdurar a violência e/ou clandestinidade haverá tão-somente detenção. Entretanto, “cessada a prática de tais ilícitos surge a posse *injusta*, viciada”.¹³⁹ Frise-se que essa condição de injusta não se opera *erga omnes*, mas apenas em relação à pessoa do verdadeiro possuidor.¹⁴⁰ Essa possibilidade da conversão da detenção em posse, ainda que injusta, encontra-se disposta na parte final do art. 1.198¹⁴¹ do código. Insta recordar que a detenção independente é tida por ilícita.

Podem-se resumir as espécies de detenção no seguinte quadro: enquanto a detenção do fâmulo da posse e do detentor por permissão ou tolerância dependem de uma posse alheia, sendo a primeira desinteressada e a segunda interessada, quem usa da violência ou clandestinidade pratica atos com total autonomia, buscando satisfazer a anseios próprios, detenção independente portanto.

2.2.3. A detenção como relação fática de independência do bem público e o particular.

A detenção de terras públicas pode ser vista tanto como situação de mera tolerância do Poder Público quanto resultante de atos violentos e clandestinos de particulares que se incutem na “posse” desses bens. Admite-se a primeira hipótese quando a Administração sabendo ter sua posse esbulhada é condescendente com essa situação, a ela se mantendo inerte, tolerando-a. Já a segunda hipótese ocorre quando o Estado desconhece a existência dessa relação entre o particular e o imóvel público.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹⁴⁰

¹⁴¹ **Art. 1.208:** “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (...), senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.”

2.3. A NÃO OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM INDENIZAR AS BENFEITORIAS ERIGIDAS EM TERRAS PÚBLICAS.

2.3.1. A não obrigação da indenização ante a inexistência de posse de bem público por particular.

O direito a indenização pelas benfeitorias bem como o direito de retê-las são efeitos da posse, não havendo, assim, que se falar em indenização ao particular que ocupa terra pública e sobre ela realiza benfeitorias, pois, nos termos do art. 1.208 do Código Civil, inexistente posse de referidos bens, mas detenção.

A impossibilidade da posse dos bens públicos decorre da adoção da teoria objetiva da posse por parte do nosso sistema jurídico-legislativo. Como bem afirmado por Clóvis e ratificado pelos demais escritores brasileiros¹⁴² que abordam do assunto, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva de Ihering para tratar a temática da posse.¹⁴³

O art. 1.196 do Código Civil ao caracterizar pessoa do possuidor fornece elementos bastantes para extrair-se o conceito legal de posse. Se possuidor é aquele que atua em face da coisa como se proprietário fosse, dando-lhe natural destinação econômica e social, a posse, para o codificador, caracteriza-se como a exteriorização da propriedade - termos advindos da concepção de IHERING.

Quando falamos de particular e bem público, a relação de posse – tida pelo nosso ordenamento como a exteriorização do direito de propriedade – é impossível de ocorrer. Isso porque os bens públicos são intransmissíveis ao domínio de outrem, de forma que também não podem ser objeto de posse, pois, como supra mencionado, adotamos a teoria objetiva da posse, de tal sorte que onde a propriedade não é possível a posse também não o é.

Apesar de os bens dominicais se acharem no chamado patrimônio disponível do Estado permitindo a parte final do art. 101 do *Codex* sua alienação, este

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

¹⁴³ Ressalvada a concessão feita à teoria subjetiva de Savigny ao tratar da usucapião, hipótese em que afirma ser necessário o *animus domini* para sua concreção.

procedimento não pode se dar ao arpejo de certos requisitos legais, que podem ser encontrados, principalmente, na lei de licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

Como bem adverte Marçal Justen Filho: “as regras acerca de alienações abrangem amplamente outras modalidades de relacionamento.”¹⁴⁴ Assim, a posse das terras públicas – haja vista ser o instituto um mero reflexo do direito de propriedade – apenas pode ser conferida quando houver expressa previsão legal.

Feitas essas primeiras considerações importante ressaltar que o direito à indenização pelas benfeitorias é um dos efeitos da posse. Uma vez impossível a posse de terras públicas, não há que se falar em indenização das obras e despesas nelas realizadas.

A assertiva acima resulta veementemente da via eleita pelo legislador ao arranjar o assunto. Note que os artigos 1.219 e 1.220, que tratam da indenização das benfeitorias pelo possuidor de boa-fé e de má-fé, respectivamente, e do direito de retenção, estão inseridos no capítulo III, do Título I, do Livro III do Código Civil, intitulado “Dos efeitos da posse”.

Da conclusão de que os bens públicos, notadamente, as terras públicas, não possam ser objeto de posse por particular, resta ceifada toda e qualquer possibilidade de indenização pelas benfeitorias realizadas, por se tratar de efeitos exclusivos da posse, não podendo ser aplicados à detenção.

Assim, aquele que ocupa bem imóvel de domínio Estatal não faz jus à indenização pelas benfeitorias que ali realizou, até porque a ocupação de terra pública é nada mais que mera detenção, situação fática que, apesar de tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio, não confere ao ocupante/detentor quaisquer direitos indenizatórios.

Cumprido, ainda, lembrar que a teoria de Ihering é tida por objetiva justamente pelo fato de distinguir possuidores de detentores “por uma prévia

¹⁴⁴ *Apud* PELUSO, Cezar *et al.* **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso. 4.ed. ver. e atual. Barueri: Manole, 2010, p. 93.

conformação do ordenamento objetivo, que cuidará de explicitar as hipóteses em que certas pessoas não alcançarão a tutela possessória por expressa opção política legislativa.”¹⁴⁵

A tese acima apresentada, no entanto, é contestada por Rosenvald, quem entende que os bens públicos podem sim ser objeto de posse por particular. Argumenta, para tanto, que a lei não lhes teria retirado a possibilidade de serem adquiridos por particular, mas tenha apenas decotado um dos efeitos da posse, ou seja, a possibilidade de serem usucapidos.

Confira-se:

Admite-se, porém, posse por particulares sobre os chamados bens públicos dominicais ou patrimoniais, utilizados pelo Estado à moda do particular, esvaziados de destinação pública e alienáveis. Inseridos no comércio jurídico de Direito Privado, podem ser objeto de posse autônoma, como também de contratos regidos pelo Código Civil, como locação, arrendamento e enfiteuse.¹⁴⁶

Para corroborar sua afirmativa argumenta que a possibilidade ou não de o bem público ser possuído encontra-se na sua afetação. Assim, alega que somente quando afetado à finalidade pública não possa ser objeto de ato possessório por um particular. Mais especificamente quanto às terras públicas aduz que “o fato de a propriedade ser pública não veda a posse por particulares, apenas a usucapião” apenas se tendo decotado um dos efeitos da posse de bens públicos patrimoniais, “sendo possível ainda se cogitar de direito subjetivo aos frutos e benfeitorias em prol do particular que ostente a condição de possuidor de tais imóveis.”¹⁴⁷

O argumento, no entanto, não há de prosperar, pois as hipóteses de posse de bens públicos são apenas aquelas taxativamente previstas em nosso sistema jurídico, que devem ser sempre corroboradas por relação jurídica contratual com o Estado.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

¹⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 72.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 72.

2.3.2. Da impossibilidade de indenização das benfeitorias ainda que consideradas – equivocadamente – como acessões.

Cumpra anotar que se consideradas as benfeitorias como acessões (o que importaria em aberração jurídica, por se tratarem de institutos ímpares que não se confundem) impossível também a indenização pelas mesmas, ante as razões que passamos a expor.

As benfeitorias e acessões são realidades jurídicas completamente diversas, razão pela qual se torna imperiosa a distinção dos institutos. Benfeitorias, como bem exposto no item 2.1.2, são obras ou despesas feitas na coisa com o fito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la¹⁴⁸, ou seja, “melhoram coisa já existente preservando a sua identidade”¹⁴⁹ ao passo que as acessões “são obras que, na realidade, criam coisa nova que vem a aderir à propriedade preexistente.”¹⁵⁰

Wilson Gianulo, evidenciando a diferença dos institutos aduz que: “As acessões artificiais consistem em *obras que criam coisas novas, diferentes, que vêm aderir à coisa anteriormente existente*, diferenciando-se assim de benfeitorias, que se traduzem por obras realizada na coisa, para embelezamento ou manutenção.”¹⁵¹

Não se podem confundir os institutos supra com as pertenças – reguladas pelo art. 93 do Código Civil. Isto porque, ao contrário das acessões, as pertenças se acrescentam ao imóvel somente por justaposição física, sem acarretar aderência. Pelo contrário, embora destinadas ao uso, serviço, ou aformoseamento de outra coisa, otimizando-a, podem dela ser separadas e alienadas. Às pertenças também não se aplicam os efeitos da posse, pois podem ser retiradas a qualquer tempo pelo possuidor, esteja esse de boa ou má-fé.¹⁵²

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 160.

¹⁴⁹ PELUSO, Cezar *et al.* **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso. 4.ed. ver. e atual. Barueri: Manole, 2010, p. 1178

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 160. No mesmo sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. p. 183.

¹⁵¹ GIANULO, Wilson. **Novo Código Civil: explicado e aplicado ao processo**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003, p. 1503.

¹⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 310.

Feita essas primeiras considerações, analisemos as acessões e seu regramento. Para Orlando Gomes a acessão, em seu sentido *lato*, constitui-se no aumento da coisa, seja em seu volume ou em seu valor, ocasionado por forças internas (produção ou acessão discreta) ou externas (união ou acessão contínua).¹⁵³

O autor destaca, ainda, que acessão discreta não pode ser considerada acessão propriamente dita, haja vista a alteração qualitativa e/ou quantitativa ocorrer de dentro para fora. Sua explanação coaduna-se com os ensinamentos de Rosenthal, *in verbis*: “esse acréscimo de duas coisas que se unem formando uma entidade nova, invariavelmente, surge do exterior da coisa, passando a integrá-la física ou juridicamente.”¹⁵⁴

Inspirado na definição de Orlando Gomes, Silvio Rodrigues define acessão como sendo o aumento do volume ou do valor da coisa principal, em virtude de um elemento externo, o qual pode advir tanto da ação da natureza quanto da intervenção do homem.¹⁵⁵

As obras realizadas em terra públicas caso entendidas como acessões, encaixar-se-iam na espécie de acessão industrial ou artificial, pois resultantes da ação humana. A acessão artificial segundo classificação Ponteano é ato-fato jurídico, dado que se insere no mundo jurídico a partir da conduta humana, independente da vontade do agente em produzir ou não efeitos.¹⁵⁶

No caso em tela, ter-se-ia a acessão de móvel à imóvel, pois a partir do emprego de materiais de construção na realização obra, verificar-se-ia sua adesão ao imóvel não mais podendo se destacar sem dano ou perda.

É justo a impossibilidade de separar a coisa acedida da coisa acedente que faz da acessão por um meio aquisitivo da propriedade. Como bem expresso na seção III do

¹⁵³ No mesmo sentido Venosa, quem afirma: “O vocábulo acessão pode ter várias compreensões. No sentido mais amplo, significa aumento da coisa objeto de propriedade, acréscimo esse advindo de força externa em proveito de móvel ou imóvel. (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p.177).

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 310.

¹⁵⁵ RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 97.

¹⁵⁶ MIRANDA, Pontes *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 314.

Título II (que trata dos direitos reais) do Código Civil, a acessão é forma originária de aquisição de propriedade, “podendo-se dizer que é meio que se dá pela aderência de coisa à propriedade de outrem, quer por meio natural ou artificial.”¹⁵⁷

Isso porque tem como principal característica o caráter de ser perpétua, “na medida em que a eventual desincorporação da coisa ao bem principal não acarreta o retorno da propriedade ao antigo dono. Por conseguinte, se a construção realizada no terreno alheia for demolida, ele não retornará à propriedade do primitivo titular.”¹⁵⁸ Dessa forma, o proprietário de um bem passa a adquirir a titularidade de tudo que , em estado permanente, a ele se adere, se une ou se incorpora materialmente.

O Código Civil tratou da acessão com um meio de aquisição do domínio, a qual pode se dar de cinco diferentes formas, a saber:

Art. 1.248. A acessão pode dar-se:

I - por formação de ilhas;

II - por aluvião;

III - por avulsão;

IV - por abandono de álveo;

V - por plantações ou construções.

BEVILÁQUA¹⁵⁹ a define como “o modo originário de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto de une ou se incorpora ao seu bem.”

¹⁵⁷ GIANULO, Wilson. **Novo Código Civil**: explicado e aplicado ao processo., São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003, p. 1500

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 311.

¹⁵⁹ BEVILÁQUA *apud* RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil**: direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

No estudo em apreço, temos que as benfeitorias, caso consideradas como acessões, repita-se, o que é tecnicamente forçoso e inadequado, se enquadrariam tão somente na espécie prevista no inciso V do artigo supra, notadamente como construções.

Quanto à aquisição por acessão, Rosenvald¹⁶⁰ destaca dois problemas jurídicos, quais sejam: a) o de saber a quem atribuir a propriedade da coisa acedente à principal; b) as conseqüências jurídicas patrimoniais decorrentes da acessão.

As respostas encontramos no próprio ordenamento civil, mormente no art. 1.253, *in verbis*:

Art. 1.253.: Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

Dada a natureza relativa da presunção legal constante da regra do artigo supracitado, mister se faz disciplinar as hipóteses em que se comprove que as plantações ou construções não pertencem ao proprietário do solo.

Nas sábias palavras de Orlando Gomes:

Para melhor conhecer o jogo das regras aplicáveis a essas situações, tem-se de levar em conta que o emprego de sementes, plantas ou materiais pode ser feito de boa-fé ou de má-fé, isto é, sabendo ou desconhecendo, que as emprega, se pertencem a outrem ou se o terreno é alheio.¹⁶¹

No caso em estudo temos o emprego de materiais próprios de particulares em construções realizadas em terras públicas, hipótese abarcada pelo art. 1.255 do Código.

“Nesta categoria de aquisição imobiliária, inscrevem-se as construções e plantações em terreno alheio, num ou noutro caso verificando-se a adesão da coisa ao imóvel que recebe o respectivo incremento, dado que se não poderá mais destacar sem dano ou perda.”¹⁶²

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 310.

¹⁶¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 158.

¹⁶² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p; 131.

É preciso saber, realmente, como adverte Espínola¹⁶³, a razão pela qual, em vez de se operar a separação das coisas que se uniram, se determina que pertença o todo ao proprietário da coisa principal.

Encontramos a resposta nos sábios dizeres de Orlando Gomes:

A razão de ordem prática está em que é preferível, por mais vantajosa, atribuir a propriedade da coisa ao dono da principal do que estabelecer um condomínio difícil de administrar e contrário à economia. A razão de ordem jurídica é que, pela união das coisas, que as torna inseparáveis, forma-se em verdade, uma coisa nova, sendo natural que a sua propriedade seja atribuída ao dono da coisa anterior que for mais importante (...). É racional que assim seja, tanto mais quanto a lei manda indenizar o proprietário desfalcado.¹⁶⁴

A lei entende por bem deixar a propriedade ao titular da coisa principal, evitando-se assim o condomínio indesejável, permitindo sempre que possível o ressarcimento impeditivo do injusto enriquecimento.

Nesse sentido afirma Maria Helena Diniz que:

O proprietário do principal o será do acessório, devido a um fundamento de ordem prática, ante a inconveniência de destacar o que acede, tanto econômica como juridicamente, pois é preferível atribuir-se a propriedade do todo ao dono da coisa principal, a estabelecer um condomínio indesejável e de difícil administração.¹⁶⁵

Para responder ao segundo questionamento de Rosenvald, o qual indaga a respeito das conseqüências jurídicas da aquisição da propriedade pela acessão, temos que lembrar que elas possuem um regime indenizatório próprio, baseado na boa-fé aferida segundo a consciência da propriedade. Na acessão, a boa-fé é elemento imprescindível para que haja indenização. Nos termos do *caput* do art. 1.255 do Código Civil¹⁶⁶, aquele que constrói em terreno alheio com materiais próprios perde, em proveito do proprietário do solo, as construções. Pode, no entanto, ser ressarcido pelos materiais e mão-de-obra quando

¹⁶³ ESPÍNOLA *apud* GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 150.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 150.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 104.

¹⁶⁶ **Art. 1.255.**: “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.”

acredita que a propriedade lhe pertencia, estando, pois, de boa-fé, a qual se corrobora tão somente com base em justo título¹⁶⁷ que lhe conduza a essa interpretação.

Porém, se obrou de má-fé, ciente da ocupação de imóvel alheio, além de perder as acessões não receberá qualquer ressarcimento pelos gastos. Cumpre registrar, por oportuno, que nos termos do art. 547 do código de 1916¹⁶⁸, caso procedesse de má-fé, sabendo não lhe pertencer o solo sob o qual foram erigidas as construções, o agente não só as perdia bem como poderia ser constrangido a repor as coisas no estado anterior, pagando os eventuais prejuízos.

A respeito da comprovação da boa-fé, não teria acertado melhor Rosenvald¹⁶⁹:

a boa-fé de quem plantou ou edificou será afirmada pela demonstração do justo título. Ou seja: somente quando o possuidor tiver efetuado construções e plantações com a equívoca condição de titular do bem – com base em negócio jurídico formal e aparentemente hábil à transmissão da propriedade -, poderá pleitear indenização pela perda da coisa em favor do verdadeiro proprietário evitando o locupletamento ilícito. (Grifamos).

Assim, não há que se falar em indenização pelas acessões ao particular que constrói em terra pública, haja vista não só a ocupação bem como a construção terem se dado ao arrepio dos interesses públicos.

Por fim, gize-se a impossibilidade da *acessão inversa*, fenômeno que ocorre quando a coisa acedida tiver valor econômico e/ou jurídico muito superior ao da coisa acedente.

Acerca do assunto dispõe Caio Mário que quando da construção exceder consideravelmente o valor do terreno sobre o qual foi realizada haverá uma inversão: o solo

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 315.

¹⁶⁸ **Art. 547.:** “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos.”

¹⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 316.

deixa de ser o principal e passa a acessório de forma que o construtor, desde que de boa-fé, adquirirá sua propriedade, mediante pagamento de indenização.¹⁷⁰

Importante observar que a expressão “*exceder consideravelmente o valor do terreno*” não se limita apenas ao conteúdo econômico da acessão, como também ao seu próprio valor social.

Desta feita, lastreado no princípio da função social, o código civil no parágrafo único do art. 1.255¹⁷¹ prevê que aquele que construiu de boa-fé no terreno de outrem adquire sua propriedade, desde que respectiva construção supere consideravelmente o valor econômico do terreno e pague indenização ao proprietário, cujo valor será fixado judicialmente ou por acordo.

Não há que se falar, no entanto, que a construção de um particular tenha valor superior ao do terreno público sobre o qual foi erigida, posto que juridicamente este se encontra destinado à satisfação do interesse público, o que se sobrepõe ao interesse de um particular, não havendo assim, justificativa para a ocorrência da acessão inversa.

Pelo exposto, verifica-se que pelo princípio da acessão, aplicado em todas as linhas, o dono do solo [Estado] sempre há de adquirir a propriedade das sementeiras, plantas e construções, conduzindo a má-fé do particular ao não ressarcimento dos gastos advindos com as construções, ainda que esta supere em termos monetários o valor do imóvel.

¹⁷⁰PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil:** direitos reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p; 133.

¹⁷¹ **Art. 1.255. (...) Parágrafo único.:** “ Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.”

CAPÍTULO III

Nesta última parte do trabalho serão colacionados os argumentos jurisprudenciais utilizados pelos magistrados, tanto no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) quanto no Superior Tribunal de Justiça (STF) que corroboram e/ou demonstram inválida a hipótese levantada. Ressalte-se que o fito do presente capítulo não é fazer o cotejo de julgados, mas tão somente o levantamento das alegações dos juízes, desembargadores e ministros dos respectivos tribunais.

3.1. DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO TJDFT.

A jurisprudência do TJDFT não está pacificada acerca da matéria abordada no presente estudo. Duas são as correntes defendidas, de entendimentos antagônicos: uma que nega o direito a indenização pelas benfeitorias por não existir posse de bens públicos (sendo o direito a indenização um de seus efeitos) e outra que concede o ressarcimento dos gastos advindos com as mesmas em razão, pois, ao analisar a conduta da Administração e do administrado objetivam evitar o enriquecimento sem causa daquela e/ou até mesmo por entenderem ser possível a posse dos bens públicos dominicais.

3.1.1 Da vedação do dever de indenizar (entendimento que corrobora a tese em apreço).

No primeiro caso, o TJDFT vem se posicionando no sentido de que, ressalvadas as hipóteses em que exista outorga Estatal, as terras públicas são impassíveis de posse por particulares, configurando sua ocupação como mera detenção de caráter precário, situação que não gera quaisquer direitos indenizatórios.

Buscam, na doutrina de Ihering, demonstrar a impossibilidade jurídica de particular exercer posse sobre bem público. Elegem referida doutrina por ter sido essa a acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio para tratar dos assuntos da posse, o que pode ser corroborado pelos dispositivos da lei civil.

A inviabilidade da posse resulta na não obrigação do Estado (proprietário das terras públicas) em indenizar as benfeitorias realizadas em seus imóveis, posto que a indenização pelas benfeitorias se trata de efeito da posse. Desta feita, sendo cediço que inexistente posse, entendem que não há que se falar na modulação de seus efeitos.

Aduzem, por fim, que a ocupação das terras públicas configura mera detenção, instituto que não gera direito à indenização. Confira-se:

A despeito das exceções, manifesta-se a jurisprudência no seguinte sentido:

OPOSIÇÃO. DEMANDA POSSESSÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO EM APARTADO DA POSSESSÓRIA E DA OPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PROVA PERICIAL. REALIZAÇÃO A CRITÉRIO DO JULGADOR. PRELIMINAR AFASTADA. LOTE ADQUIRIDO POR CONTRATO ENTRE PARTICULARES. DÚVIDA ACERCA DA TITULARIDADE DA ÁREA. POSSIBILIDADE DE PERTENCER AO PODER PÚBLICO. HIPÓTESE DE OCUPAÇÃO POR MERA TOLERÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE POSSE.
(...)

5. Os bens públicos somente podem ser suscetíveis de posse em decorrência de lei, ato do poder público ou contrato por ele celebrado, de modo que a ocupação por terceiros é precária, caracterizando mera detenção. Assim, pode-se inferir que não há posse nas áreas de domínio público, mas, sim, mera tolerância do poder público na ocupação, o que não gera direito para o seu ocupante.
6. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.¹⁷²
(Grifamos).

Alinhavando-se a ementa supra, temos a assertiva do desembargador Teófilo Caetano que afirma que o art. 1.196 do vigente Código Civil preceitua que a posse seja caracterizada como “o poder de fato exercitado sobre a coisa como expressão de atributo de propriedade.”¹⁷³

Sua asserção retrata nada menos que a doutrina de Ihering, para quem a posse nada mais era do que a exteriorização do direito de propriedade, somente sendo possível quando a propriedade também o fosse.

O magistrado completa seu voto explicitando que a inviabilidade de particulares terem sob seu domínio bens públicos (e, conseqüentemente, de os possuírem) advém da própria natureza destes. Vejamos:

¹⁷² TJDF. 1ª Turma Cível, APC-20020110401076. Rel. Des. João Batista Teixeira, j. 25/5/2011.

¹⁷³ TJDF. 1ª Turma Cível, APC-20120110289882. Rel. Des. Teófilo Caetano, j. 30/05/2012.

Conseqüentemente, estando patenteado que efetivamente os apelantes não reúnem nenhum dos atributos da propriedade, notadamente porque não exerciam sobre o imóvel que ocupam atos de posse, simplesmente detendo-o, pois a detenção que exercitam é impassível de ser convolada em domínio ante a natureza pública da área que detêm, efetivamente não se emoldura na conceituação legal de possuidores.¹⁷⁴

Note que a argumentação por ele utilizada é consonante com os ensinamentos de Cretella Júnior¹⁷⁵, que afirma não se poder atribuir o título legítimo de posse a bens inalienáveis, posto que a posse não é senão a exteriorização do direito de propriedade.

No mesmo sentido temos o voto do desembargador Lécio Resende, que se traz à colação:

“Em observância ao princípio da indisponibilidade do bem público é inadmissível o reconhecimento de direitos possessórios em favor do ocupante irregular, por inviabilizar a gestão da coisa pública, dada a qualidade de mera detenção do bem público, tolerada pela Administração.

Nesse sentido, os atos de tolerância do Poder Público não induzem à posse, ainda que a ocupação se dê por longo período de tempo (...).”¹⁷⁶ (Sem grifos no original).

Nesse momento, convém assinalar um aspecto importante trazido pela jurisprudência, o qual não abordado pelos doutrinadores, qual seja: o exercício permanente da posse dos imóveis públicos por parte do Estado, independentemente de atos materiais de ocupação física ou de exploração efetiva.

Vejamos:

Todavia, cuidando-se de terras públicas, não se exige a presença física do Estado sobre todos os imóveis de sua propriedade. Encerra-se que o Estado está em permanente posse sobre os seus imóveis. Por isso, não se admite o argumento de ausência física do Estado, para se permitir que terceiro se aposses de bens públicos. A propósito, as seguintes ementas deste egrégio Tribunal de Justiça:

(...)

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 35.

¹⁷⁶ TJDF. 1ª Turma Cível, APC-20030110310803. Rel. Des. Lécio Resende, j. 17/11/2010.

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRACAP. OPOSIÇÃO. A posse do poder público sobre imóveis de sua propriedade é exercida permanentemente, como emanção de sua autoridade, mesmo sem externar atos materiais de posse efetiva. A Terracap, mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, constitui ente do poder público, possuindo legitimidade para a oposição formulada visando assegurar-lhe proteção possessória. recurso conhecido e provido.” (Apelação Cível. 1ª Turma Cível. Relator: George Leite. DJU: 26/11/2003. Pag.: 26). (destacamos).¹⁷⁷

Observa-se que a todo instante falam os magistrados em detenção dos imóveis públicos. Isso porque a Administração comporta-se de maneira a tolerar a ocupação das terras públicas, o que não induz posse, consoante prescrito pelo art. 1.208 da Lei Civil.

Quanto ao instituto da detenção, temos que o detentor jamais poderá tornar-se possuidor e, assim, fazer jus às faculdades daí decorrentes. É o que afirma o desembargador Otávio Augusto:

Com efeito, se há tolerância do Poder Público, o uso do bem pelo particular não passa de mera detenção consentida. É sabido que a detenção muito se assemelha à posse, mas dela se difere tanto na essência quanto nos efeitos, sendo que somente a posse gera efeitos jurídicos.¹⁷⁸

Oportuna a observação feita por Waldir Leôncio Lopes Júnior, ao dispor que ainda que haja o poder-dever do Estado em garantir o direito constitucional de moradia, o qual fora erigido à categoria de direito social, não possa o Judiciário autorizar a ocupação de bem público, tampouco sua alienação, pois estar-se-ia a usurpar função precípua do Poder Público, quem detém o poder discricionário para dirimir questões acerca do mérito administrativo, cujos elementos são: conveniência e oportunidade.

Com efeito, embora a Constituição da República garanta o direito à moradia, bem como determine à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a realização de programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais e de saneamento (artigos 6º art. 23, IX), não obriga a esses entes públicos a cessão de suas terras a quem quer que seja.

Destaque-se, outrossim, que o art. 101 do CC/02 prevê a possibilidade de alienação dos bens públicos dominicais, isto é, *“os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de*

¹⁷⁷ TJDFT. 5ª Turma Cível, APC-20050110062860. Rel. Des. Leila Arlanch, j. 20/03/2006.

¹⁷⁸ TJDFT. 6ª Turma Cível, APC-20040111239135. Rel. Des. Otávio Augusto, j. 04/03/2009.

direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.” (art. 66, III, CC/16; art. 99, III, CC/02), desde que observadas as exigências na lei.

Não se pode, por conseguinte, obrigar o proprietário a alienar o imóvel ou ceder o seu uso. Saliente-se, ainda, que o imóvel indevidamente ocupado pelos apelantes é terra pública e, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.666/93, só pode ser alienado se atendidos os seguintes requisitos: interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa.¹⁷⁹

Ao conceituar os bens dominicais, Caio Mário dispõe: “São, pois, bens que se integram no acervo da riqueza da entidade, e se destinam à aquisição pelos interessados. Mas a oportunidade e a forma de alienação subordinam-se às disposições disciplinares específicas, incorrendo na sanção de ineficácia se não se observarem”.¹⁸⁰

Ante os argumentos esposados, conclui-se que a corrente apresentada comunga do entendimento de que a inviabilidade/ não obrigação do dever de indenizar decorra, *in casu*, da inexistência/ impossibilidade de posse, conforme julgado:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. OCUPAÇÃO DE BEM PERTENCENTE À TERRACAP. MERA DETENÇÃO. BENFEITORIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. **Os bens públicos são insuscetíveis de posse, razão pela qual a ocupação de terras públicas por terceiros se dá sempre a título precário, configurando, em verdade, mera detenção. Por esta razão, e ante a circunstância de que a indenização por benfeitorias pressupõe a existência de posse, ainda que de má-fé, não possuem os ocupantes do bem público direito a indenização pelas benfeitorias que porventura tenham erigido no imóvel.** Para pleitear indenização e retenção das benfeitorias realizadas, deve a parte descrevê-las fazendo prova da respectiva realização, relacionando-as e especificando-as minuciosamente, indicando-lhes o custo e o valor atual, não bastando a simples alegação genérica e menção à sua existência.¹⁸¹ (Sem grifos no original)

3.1.2. Da obrigação em indenizar (entendimento contrário à ideia desenvolvida na pesquisa)

Contrariando essa primeira corrente jurisprudencial e ao mote que se pretende comprovar com o desenvolvimento desse estudo (que nega a obrigação da Administração Pública em indenizar as benfeitorias erigidas sobre as terras públicas), tem-se

¹⁷⁹ TJDFT. 2ª Turma Cível, APC-20010110417593. Rel. Des. Waldir Leônico Lopes Júnior, j. 10/06/2009.

¹⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v.1, 18.ed. p. 281.

¹⁸¹ TJDFT. 1ª Turma Cível, APC-20030110310803. Rel. Des. Lécio Resende, j. 17/11/2010.

julgados em que o Estado é condenado a ressarcir os gastos advindos da realização das benfeitorias pelos seguintes motivos:

- a) Em razão do comportamento dos envolvidos, diga-se particular e Poder Público;
- b) Para evitar o locupletamento do Estado à custa do particular;
- c) Por entender haver posse de bem público dominical.

Insta salientar que, diferente do que ocorre na terceira situação, nas duas primeiras hipóteses a argumentação utilizada não se respalda na possibilidade/configuração ou não de posse do bem dominical, até porque sabem que essa é juridicamente impossível. No entanto, julgam cabível a indenização pelas benfeitorias realizadas em terras públicas embora reconheçam o caráter precário da ocupação.

Os partidários dessa corrente entendem cabível a indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas em terras públicas, em razão do comportamento dos envolvidos, mormente o da Administração Pública que, ao manter-se inerte, não reivindicando a posse do bem e/ou embargando as obras nele realizadas acaba por criar no ocupante a expectativa de ser o legítimo possuidor das terras, devendo, portanto, ressarcir-lo a fim de se evitar o locupletamento do Estado à sua custa.

Apesar de desprovidos de fundamentação jurídica, conforme será demonstrado ao final, confira-se argumentos apresentados:

A Administração Pública estava ciente da situação do Apelante, mas permaneceu omissa, permitindo a construção de inúmeras benfeitorias em imóvel de sua propriedade.

A omissão do Poder Público em permitir a ocupação do imóvel em comento por longo período e havendo significativo investimento no terreno, faz surgir o direito à indenização pleiteada pelo Apelante.

No caso em apreço, a tolerância e a omissão do Estado permitem que se equipare o detentor ao possuidor de boa-fé, ensejando o dever de a Terracap indenizar as benfeitorias úteis e necessárias construídas pelo Apelante, como

forma de coibir o enriquecimento sem causa, com o qual não se compadece o direito.¹⁸²

Há, ainda, aqueles que garantem a indenização aos particulares por entenderem ser possível a posse dos bens públicos dominicais, categoria na qual estão inseridas as terras públicas.

Apesar de grande divergência sobre o assunto, significativa corrente jurisprudencial, à qual me filiei recentemente, espousa o entendimento de que, se o bem público insere-se na categoria dos dominicais, ele é passível de posse pelo particular, persistindo a inexistência de posse apenas quanto aos bens de uso comum do povo e de uso especial.

Dessa forma, sendo possível a posse de bens públicos dominicais, entendo que, uma vez provada a boa-fé, cabível a indenização pelas benfeitorias erigidas no imóvel.

(...)

Todavia, hodiernamente, apreciei a questão por outro ângulo e, como afirmado, revi meu posicionamento, acompanhando a moderna doutrina, entendendo ser possível a posse de terreno público dominical, continuando a inexistir no caso de bens de uso comum do povo e bens de uso especial. Dessa forma, diferente do alegado, os atos de mera permissão ou tolerância do Poder Público podem resultar em indenização ao particular, se estivermos diante de bem público dominical.

Não existindo norma que discipline os bens dominicais, estes submetem-se totalmente ao regime privado, isto é, aos ditames do Código Civil; todavia, havendo normas publicísticas que as regulamentem, estabelecendo restrições, tais normas derogam, forçosamente, as regras do direito civil. Exemplo de tal ocorrência é a proibição de usucapião de imóvel público, sem distinção da classificação em que inserido o bem, o que abrange, portanto e também, os bens dominicais.¹⁸³ Destacamos.

Nota-se do último parágrafo que o magistrado utilizou-se dos mesmos argumentos de Rosendal para fundamentar a possibilidade de posse de terras públicas: aduz que o legislador tenha apenas decotado um dos efeitos da posse (a usucapião).

¹⁸² TJDF. 1ª Turma Cível, APC- 20080110284009. Des. Rel. Maria De Fátima Rafael De Aguiar Ramos, j. 20/10/2010.

¹⁸³ TJDF. 1ª Câmara Cível, EIC-20040110116274. Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, j. 09/11/2005.

3.2. DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO STJ

Por fim, trazemos à colação os argumentos utilizados pelos ilustres ministros do STJ, Corte uníssona quanto a impossibilidade de indenização por benfeitorias aos particulares que as erigem em terras públicas.

Principiam por negar que exista posse de bens públicos, caracterizando sua ocupação como mera detenção:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE.BEM PÚBLICO. MERA DETENÇÃO. INVIABILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.PRECEDENTES.
1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ocupação de bem público configura ato de mera detenção decorrente da tolerância ou permissão do Poder Público, o que inviabiliza a proteção possessória contra o ente estatal.

2. Agravo regimental não provido.¹⁸⁴

Ressalvam apenas as hipóteses em que o próprio Poder Público, mediante outorga estatal concede a ocupação e utilização de seus bens. Nesse aspecto, utilizam-se dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles para salvaguardar o direito a indenização àqueles cuja ocupação das terras públicas se dá mediante contrato de concessão de uso, visto que somente nessa hipótese há configuração da posse. Senão vejamos:

E diga-se ainda que somente naqueles casos, quando admitido de maneira formal o uso do bem público, particularmente nas hipóteses de permissão e concessão, há de se cogitar do cabimento de eventual indenização pelos prejuízos advindos do ato revogatório. Em tais situações, a propósito, a doutrina admite estar assegurado o ajuizamento das ações possessórias para garantia da utilização permitida pela Administração (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 p. 490-501).

Rechaçam a corrente doutrinária que afirma que as terras públicas, por não restarem afetadas a uma destinação específica para a satisfação do interesse público, não se submeteria às regras de direito público por comporem o patrimônio privado do Estado.

Ora, ainda que se trate de “terras devolutas”, elas não perdem a natureza de bem público. Hely Lopes Meirelles leciona que “terras devolutas são todas aquelas que, embora pertencentes ao domínio público

¹⁸⁴ STJ. 3ª Turma, Agravo em RESP 1129480/GO. Rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/06/2012.

de uma das entidades estatais (União, Estado ou Município), não são aplicadas em seus serviços, nem têm destinação específica” (Direito Municipal Brasileiro, pág. 287, 13ª ed.). Consoante o escólio de Benedito Silvério Ribeiro, magistrado paulista, “as terras devolutas constituem espécie de terras públicas, detendo estas compreensão abrangente daquelas, que são patrimônio público, mas não se encontram cadastradas ou individualizadas nem cultivadas ou destinadas a qualquer uso público” (Tratado de Usucapião, vol. I, pág.542, 3ª ed.)

Afirmam que os terrenos públicos sejam impossíveis de ascendência possessória por particulares. Entendem que inviabilidade se dê em razão da característica da *res publica*. Notemos:

Sabe-se que os imóveis públicos, por expressa disposição do art. 183, § 3º, da CF/88, não são adquiridos por usucapião. Tem-se conhecimento também de que eles, assim como os demais bens públicos, somente podem ser alienados quando observados os requisitos legais. Daí resulta a conclusão de que se o bem público, por qualquer motivo, não pode ser alienado, ou seja, não pode se tornar objeto do direito de propriedade do particular, também não pode se converter em objeto do direito de posse de outrem que não o Estado.¹⁸⁵

Da assertiva em destaque é possível notar que utilizou-se da doutrina objetiva de Ihering para negar a viabilidade jurídica de bens públicos serem objeto possessório, não podendo [a posse] se concretizar onde a propriedade não seja cabível, uma vez que aquela é mero reflexo desta. A esse respeito manifestou-se expressamente e a ministra Eliana Calmon, vejamos:

Presentemente, por aplicação da doutrina de Ihering, que reuniu, numa única idéia, os elementos corpus e animus definidos na lição de Savigny, **tem-se que 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.**¹⁸⁶

Há, ainda, casos em que expressamente aduzem a utilização da doutrina objetiva para tratar dos assuntos possessórios. Como é o caso do min. Herman Benjamin

¹⁸⁵ STJ 2ª Turma, RESP 556.721. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/09/2005.

¹⁸⁶ STJ 2ª Turma, RESP 556.721. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/09/2005.

quem afirma que “o legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade.”¹⁸⁷

Muito embora reconheçam o poder/dever do Estado em garantir aos cidadãos o direito constitucional de moradia, entendem não se poder transigir com o direito público e com o patrimônio público. Nesse sentido, trecho do voto do min. Herman Benjamin:

Saliente-se que o Estado pode – e deve – amparar aqueles que não têm casa própria, seja com a construção de habitações dignas a preços módicos, seja com a doação pura e simples de residência às pessoas que não podem por elas pagar. É para isso que existem as Políticas Públicas de Habitação federais, estaduais e municipais. O que não se mostra razoável é torcer as normas que regem a posse e a propriedade para atingir tais objetivos sociais e, com isso, acabar por dar tratamento idêntico a todos os que se encontram na mesma situação de ocupantes ilegais daquilo que pertence à comunidade e às gerações futuras – ricos e pobres. Quanto a ideia levantada de locupletamento a expensas do particular, entendem não haver enriquecimento sem causa, posto que o locupletamento ilícito tem como requisitos a boa-fé do particular e a vantagem econômica pelo Poder Público.¹⁸⁸

A despeito do pressuposto da boa-fé tem que os ocupantes de terras públicas sabem “perfeitamente, que um dia terão que devolvê-la ao Poder Público. Conseqüentemente, se constroem em terra que não é de sua propriedade, estão cientes do risco de perderem tudo o que erigiram nessas terras públicas.”¹⁸⁹

Quanto a vantagem econômica, entender inexistir, visto que a Administração se vê obrigada ou a regularizar referidas áreas ou a demolir as construções realizadas, o que geram gastos consideráveis, conforme assevera o ministro: “Como regra, esses imóveis são construídos ao arpejo da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização.”¹⁹⁰

Concluem, afirmando que a não obrigação do Estado em indenizar os particulares pelas benfeitorias erigidas em terras públicas se dê em razão da inexistência de

¹⁸⁷ STJ. 2ª Turma, RESP 945.055/DF. Rel. min. Herman Benjamin, j. 02/06/2009.

¹⁸⁸ STJ. 2ª Turma, RESP 945.055/DF. Rel. min. Herman Benjamin, j. 02/06/2009.

¹⁸⁹ STJ. 4ª Turma, RESP 841.905/DF. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/05/2011.

¹⁹⁰ STJ. 2ª Turma, RESP 945.055/DF. Rel. min. Herman Benjamin, j. 02/06/2009.

posse. Inexistindo posse, não há que se falar na modulação de seus efeitos. Concluem no sentido de que a ocupação das terras públicas seja mera detenção consentida pelo Estado, sendo certo não se poder aplicar à detenção os efeitos da posse, visto que não se compatibilizaria com o direito, além de culminar em conseqüências socialmente relevantes.

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 legítima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.¹⁹¹

Ante todo o exposto ao longo desse capítulo restou demonstrado não ser devida ao particular indenização pelas benfeitorias erigidas em terras públicas.

¹⁹¹ STJ. 2ª Turma, RESP 945.055/DF. Rel. min. Herman Benjamin, j. 02/06/2009.

CONCLUSÃO

Ante o discorrido no presente trabalho demonstrou-se válida a hipótese levantada, inexistindo, pois, qualquer obrigação Estatal em indenizar as benfeitorias erigidas em terras públicas.

A essa conclusão chegamos após minuciosa análise dos institutos que cercam o tema, a saber: posse a modulação de seus efeitos, detenção, conceituação e natureza jurídica dos bens públicos.

A despeito da posse restou evidente que o sistema normativo brasileiro, desde o Código Civil de Bevilacqua, adota a teoria objetiva de Ihering, para quem a posse constitui reflexo da propriedade. Quanto a seus efeitos em relação às benfeitorias, temos que esse regime indenizatório se mostrou como consequência jurídica exclusiva de referido instituto, ou seja, consequência advinda da existência de posse, não podendo ser estendida às demais formas de relação entre o homem e a coisa.

Quanto às terras públicas pudemos observar que estão inseridas na categoria dos bens dominicais, ou seja, não estão revestidas a uma finalidade específica do Estado, compondo, assim, parte de seu patrimônio. No entanto, conforme exposto, a não afetação das terras devolutas não lhes retira o caráter de indisponibilidade e de intangibilidade, de modo que, assim como os bens públicos afetados (de uso comum e de uso especial) não podem ser trespassadas ao domínio de particulares.

Da conjugação da teoria objetiva da posse com a natureza indisponível dos bens públicos observamos que a posse das terras devolutas apenas pode ser exercida pelo Estado. Isso porque, uma vez intransferíveis a dominiliidade do particular, também não podem ser objeto de posse, visto que a posse somente ser possível quando a propriedade também for.

Rechaçada a possibilidade jurídica de os imóveis públicos serem objeto possessório, evidenciamos que a relação existente entre o particular e esses se constitui como mera detenção tolerada pelo Poder Público, instituto que não resguarda qualquer direito indenizatório.

Como visto, para aferir a inexistência da obrigação Estatal em indenizar as benfeitorias erigidas em terras públicas optamos por refutar as razões que a ensejariam, ou seja, a posse. Cumpre lembrar que o direito à indenização pelas benfeitorias trata-se de efeito da posse. Deste modo, conseguimos demonstrar a impossibilidade jurídica de os bens públicos serem suscetíveis de ascendência possessória por particulares, o que tem o condão de ceifar a pretensão indenizatória.

Importante destacar que a existência de uma pequena corrente jurisprudencial no âmbito do TJDFT acerca da obrigação indenizatória por si só não invalida a hipótese levantada, até porque o entendimento acolhido além de se basear em premissas equivocada e tentar resolver judicialmente um problema de índole essencialmente política não condiz com o do STJ.

Outra não haveria de ser a conclusão da presente monografia. Muito embora tenhamos um Estado Social com dever constitucional de garantir moradia a seus cidadãos, não seria a indenização pelas obras e construções realizadas em terras públicas a via adequada para solução da questão fundiária. Pelo contrário, dessa forma estar-se-ia a estimular a ocupação desordenada dos terrenos públicos, o que culminaria no aumento de assentamentos sem quaisquer condições mínimas de habitação o que acarretaria num desfalque aos cofres públicos.

Desta feita, conclui-se que não assiste aos particulares que ocupam terras públicas qualquer direito indenizatório, devendo suportar todos os ônus decorrentes das obras e construções realizadas, sendo válida a hipótese apresentada.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, II, 1. Tomo**: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado**, vol III. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.

BOURGUIGNON, Álvaro Manuel Rosindo. **Embargos de Retenção por Benfeitorias**, v. 40. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIANULO, Wilson. **Novo Código Civil: explicado e aplicado ao processo**.,São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**, v. VI, 4. ed. revista e atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**.

Os vícios objetivos da posse no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: v.9 n.34 abr. / jun. 2008.

PELUSO, Cezar *et al.* **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso**. 4.ed. ver. e atual. Barueri: Manole, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v.1, 18.ed.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil:** direitos reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, SILVIO. **Direito civil:** direito das coisas. v.5., 27. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

STF. 2ª Turma. RE 28481, Rel. Min. OROZIMBO NONATO, j. 19/08/1955.

STJ 2ª Turma, RESP 556.721. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/09/2005.

STJ. 2ª Turma, RESP 945.055/DF. Rel. min. Herman Benjamin, j. 02/06/2009.

STJ. 3ª Turma, Agravo em RESP 1129480/GO. Rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/06/2012.

STJ. 4ª Turma, RESP 841.905/DF. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/05/2011.

TJDFT. 2ª Turma Cível, APC-20010110417593. Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, j. 10/06/2009.

TJDFT. 1ª Turma Cível, APC-20020110401076. Rel. Des. João Batista Teixeira, j. 25/5/2011.

TJDFT. 1ª Turma Cível, APC-20030110310803. Rel. Des. Lécio Resende, j. 17/11/2010.

TJDFT. 6ª Turma Cível, APC-20040111239135. Rel. Des. Otávio Augusto, j. 04/03/2009.

TJDFT. 5ª Turma Cível, APC-20050110062860. Rel. Des. Leila Arlanch, j. 20/03/2006.

TJDFT. 1ª Turma Cível, APC- 20080110284009. Des. Rel. Maria De Fátima Rafael De Aguiar Ramos, j. 20/10/2010.

TJDFT. 1ª Turma Cível, APC-20120110289882. Rel. Des. Teófilo Caetano, j. 30/05/2012.

TJDFT. 1ª Câmara Cível, EIC-20040110116274. Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, j. 09/11/2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2002.