



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
RAUL AUGUSTO FIGUEIREDO PEREIRA**

**POSSE, DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR
BENFEITORIAS EM BENS PÚBLICOS DOMINICAIS PELO STJ**

**Juiz de Fora
2016**

RAUL AUGUSTO FIGUEIREDO PEREIRA

**POSSE, DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR
BENFEITORIAS EM BENS PÚBLICOS DOMINICAIS PELO STJ**

Artigo apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel. Na área de concentração
Direito sob orientação do Prof.(a)
Dr.(a) Marcus de Carvalho Dantas

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAUL AUGUSTO FIGUEIREDO PEREIRA

POSSE, DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS EM BENS PÚBLICOS DOMINICAIS PELO STJ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Marcus de Carvalho Dantas
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Denis Franco Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Marcelo de Castro Cunha Filho
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 16 de dezembro de 2016

POSSE, DIREITO DE RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS EM BENS PÚBLICOS DOMINICAIS PELO STJ

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo investigar criticamente a jurisprudência recente do STJ acerca do problema concernente à posse não autorizada de bens públicos e seus efeitos, especialmente o direito de retenção e indenização por benfeitorias realizadas. A hipótese é a de que o referido Tribunal tem historicamente interpretado a posse equivocadamente como sendo subordinada à propriedade, sendo esta a razão pela qual ofereceu resistência ao reconhecimento de direitos possessórios à particulares não autorizados. Como arcabouço teórico, foi utilizada a doutrina mais recente de Direito Civil, dando ênfase em seus princípios, que serviram de apoio para o que se pretendeu provar, como também a trazida por Ihering em sua teoria objetiva da posse, que nos auxiliou iluminando a trilha da presente pesquisa. Por fim, foram apontados os fundamentos relevantes para se permitir a indenização e direito de retenção ao particular, que é a maneira mais razoável de tratar o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Bens públicos dominicais – Posse – Decisões jurisprudenciais – Indenização – Retenção

ABSTRACT

This article aims to critically investigate the most recent jurisprudence of the Superior Court of Justice on the problem of unauthorized possession of public property and its effects, especially the right of retention and indemnification for improvements made. The hypothesis is that the said Court has historically interpreted the ownership mistakenly as being subordinated to property, which is why it offered resistance to the recognition of possessory rights to unauthorized individuals. As a theoretical framework, the most recent doctrine of Civil Law was used, emphasizing its principles, which served as support for what was intended to prove, as the one brought by Ihering in his objective theory of possession, which helped us illuminating the trail of this research. Finally, the relevant grounds were pointed out to allow the indemnification and right of retention to the individual, which is the most reasonable way of treating the subject.

KEYWORDS: Public goods - Possession - Court decisions - Indemnification - Retention

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É notória a crescente evolução e expansão dos centros urbanos no Brasil a cada ano, trazendo consigo uma grande demanda habitacional que não é suprida pela oferta do mercado, atingindo, principalmente, a população de baixa renda, que fica refém dessa situação e é obrigada a encontrar meios para sobreviver. Segundo estudos mais recentes da Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional dimensionado em 2013 correspondia a 5,846 milhões de domicílios, com 85,7% localizados em área urbana, com crescimento em 2014 para 6,068 milhões, 87,6% em área urbana¹.

Diante desse cenário decorrem as mais diversas consequências, dentre as quais analisaremos e traremos à baila dessa pesquisa as consequências jurídico-dogmáticas das ocupações de bens públicos dominicais para estabelecimento de moradia, seja em imóveis abandonados, seja em construções novas erigidas por pessoas e famílias em terras públicas.

No âmbito político temos que, com o advento da Constituição Federal de 1988, mormente em seu art. 6º, o direito à moradia fora elevado à categoria de direito fundamental social que precisa ser garantido pelo Estado, uma obrigação contraída através do Contrato Social, como escolha feita pelo constituinte derivado através da Emenda Constitucional nº 26, de 2000. Dessa forma demonstrou a vontade política de se elevar este direito como garantia social.

Também ficou estabelecida a função social da propriedade, expressamente positivada no texto constitucional em seu art. 5º, XXIII, e com suas variantes nos arts. 170, 184 e 185, do mesmo diploma legal. É estudada também a função social da posse, que, muito embora não tenha previsão constitucional expressa, é avaliada na doutrina civil e entendida através de exegese constitucional ampliativa (Mendes, 2011).

Assim, de um lado temos um Estado Social com o dever constitucional de garantir moradia e de outro indivíduos que não vêem este direito ser concretizado e acabam ocupando bens públicos inutilizados ou subutilizados, lá constituem suas

¹ Disponível em <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/informativos-cei-eventuais/634-deficit-habitacional-06-09-2016/file>>

moradas e erigem benfeitorias, estando, a qualquer momento, sujeitos a serem removidos pela Administração Pública sem qualquer tipo de segurança jurídica².

Ante a situação apresentada surgem os seguintes questionamentos: existe posse não-autorizada de bens públicos dominicais por particulares? Qual a fundamentação teórica e legal para a resposta encontrada? Qual o posicionamento jurisprudencial acerca dessa problemática? O posicionamento jurisprudencial atende à complexidade do cenário e das questões envolvidas? Qual seria a melhor forma de proceder a esta situação sem que haja prejuízos e feridas às garantias constitucionais?

A presente pesquisa tem caráter jurídico, mas sua análise não se basta nas regras positivadas no ordenamento infraconstitucional, o que nos permite analisar de uma maneira mais ampla a relação entre os sujeitos de direito e as coisas, não somente tomando como base sua interpretação restritiva, mas também a análise de aspectos principiológicos e teleológicos das garantias constitucionais para os cidadãos e que se mostram relevantes para o tema.

A hipótese dessa pesquisa sustenta que, ao adotar uma postura contrária ao reconhecimento da posse não autorizada sobre bens públicos, bem como aos efeitos dessa posse³, o Poder Judiciário utiliza argumentos simplificados e inadequados para essa negativa de reconhecimento, generalizando as situações sem maiores aprofundamentos dos casos. 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, a fim de entender qual postura se revela mais adequada.

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

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

² Conforme entendimento do STJ que será explorado mais à frente.

³ Direito aos interditos e direito às benfeitorias.

No primeiro capítulo, examinaremos o instituto jurídico da posse. Será apresentada a teoria objetiva de Ihering, destacando suas aplicações e seus problemas, utilizando-a como marco teórico para desenvolver as ideias e postulações do artigo, principalmente porque é a teoria que explica melhor as escolhas feitas pelo legislador brasileiro.

Ultrapassada essa fase, discutiremos no capítulo seguinte a possibilidade jurídica da posse de bens públicos. Serão analisados os conceitos, classificações e características dos bens públicos, de modo que demonstraremos que da conjugação da doutrina objetiva da posse com a natureza jurídica das terras públicas e as garantias e princípios constitucionais restará possível a posse de terrenos públicos.

No próximo capítulo serão apresentados e analisados os argumentos utilizados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça acerca da problemática.

A metodologia utilizada consistirá essencialmente na pesquisa bibliográfica e documental.

2. BREVE ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DA POSSE

2.1 Teoria Objetiva da posse

A teoria de Ihering diz que a posse é a exteriorização do domínio, ou seja, é uma situação fática, mas somente aquela que possa ser entendida como uma relação de direito⁴, pois, segundo o autor, independe de intenções comportamentais do sujeito pois a consideração da subjetividade do *animus* dificultaria a sua utilização como critério para a caracterização da posse. É uma relação material, com

⁴ “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 considera como o exercício ou a exterioridade de um direito.” IHERING apud ALVES, José Carlos Moreira. Posse, II, 1. Tomo: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13.

conteúdo econômico como base⁵, uma vez que é pela destinação econômica dada à coisa que se expressa a propriedade.

Cuida também Ihering, de distinguir posse de propriedade, pois há quem utilize estes conceitos como sinônimos, porém não são. Apesar de afirmar serem distintos os conceitos, ele acredita que a posse seja intimamente ligada à propriedade, sendo a primeira subordinada à segunda, admitindo que não há autonomia entre ambas. A propriedade, em um sentido metafórico, é “elástica”, pode ser “esticada” e “retraída” ao conceder alguns dos seus direitos inerentes⁶, que se consubstanciam na posse, que é a extensão mediata, gratuita ou onerosa da propriedade⁷.

A configuração comportamental do sujeito em agir como dono aliada à possibilidade de ser proprietário ou fruir dos direitos inerentes à propriedade são os requisitos para sua configuração, o que exclui aqueles que apenas exercem uma relação fática⁸ com a coisa, aquelas que não são de direito, pois acredita Ihering que a proteção da posse tem finalidade exclusiva na proteção do proprietário e da propriedade.

Portanto, a síntese da teoria objetiva da posse de Ihering consiste em dizer que o que se verifica para consideração de existência da posse é a situação de exteriorização do domínio⁹, o indivíduo que exerce os direitos inerentes à propriedade visivelmente será o possuidor¹⁰.

O Código Civil atual, assim como já o fazia o de 1916, adotou predominantemente, a teoria objetiva de Ihering, consoante redação do seu art. 1196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. A principal crítica à teoria de

⁵ “Desse modo, a proteção possessória serve de escudo à propriedade, apresentando-se como complemento de sua defesa (...)”

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.

⁶ Gozar, usar, dispor, reaver. (GOMES, 2009).

⁷ GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 34

⁸ “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 considerado como o exercício ou a exterioridade de um direito.” IHERING apud ALVES, José Carlos Moreira. Posse, II, 1. Tomo: estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13.

⁹ Em lição de Maria Helena Diniz percebe-se que Ihering não exclui que haja relação de animus entre o sujeito e a coisa, mas a denega a segundo plano, o que permite a análise desta relação dentro da teoria do próprio Ihering dentro do Código Civil brasileiro.

¹⁰ “Ao vislumbrar a posse, presume-se a propriedade.” (IHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da posse. São Paulo: Edipro, 2002, 2a edição.)

Ihering ao se analisar os princípios constitucionais do nosso ordenamento é que a subordinação da posse à propriedade não é absoluta, ele desconsidera a autonomia da posse como um fenômeno jurídico (RODRIGUES JUNIOR, 2010)¹¹, além disso, a interpretação desse artigo está sujeita ao princípio da função social da propriedade, e que, portanto, os direitos reais não se exaurem meramente nos conceitos positivos de posse e propriedade, como se extrai de uma leitura fria de sua teoria, mas sim em uma leitura principiológica e teleológica da conjugação das normas que perfazem o nosso ordenamento jurídico.

2.2 Efeitos da posse

O tratamento dado à posse no ordenamento jurídico brasileiro se baseia na concepção da teoria objetiva de Ihering e está positivado no Código Civil de 2002, o que permite contextualizar e extrair seus efeitos, a saber: (i) desforço imediato, (ii) ações possessórias, (iii) direito de percepção de frutos, (iv) direito de indenização por benfeitorias e (v) direito de retenção.¹²

Estes dois últimos são o objeto de especial atenção no presente trabalho por se alinharem ao fato social colocado à prova, que é o de ocupação por particulares de bens públicos dominicais e seus direitos derivados desta situação ao serem removidos pela Administração, notadamente o direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas pelo particular.

Para tanto, mister se faz o conhecimento dos diversos tipos de benfeitorias que podem ser realizadas por estes particulares.

Primeiramente, conceituaremos benfeitorias, que, de acordo com o Código Civil de 2002, são os melhoramentos ou acréscimos, realizados voluntariamente,

¹¹ Capítulo da obra de MATIAS, João Luís Nogueira; Wachowicz Coords. Propriedade e meio-ambiente: da inconciliação à convergência. Lisboa-Florianópolis: Fundação Boiteux-Universidade Técnica de Lisboa, 2010, p. 74.

¹² PENTEADO, *apud* DA SILVA, Filipe Figueiredo Gonçalves. A Posse de Bens Públicos: revisão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Monografia FGV, 2008

sobrevindos ao bem que tenham sido havidos com a intervenção, em regime de alternância, do proprietário, do possuidor ou do detentor¹³.

Elas podem se classificar em: (i) necessárias, (ii) úteis e (iii) voluptuárias. As necessárias são as que se prestam à conservação do bem, a evitar sua deteriorização, são realizadas, como o próprio nome diz, por necessidade, a sua não execução acarretaria danos ao proprietário diretamente¹⁴ ou indiretamente¹⁵ ao possuidor ou detentor.

As benfeitorias úteis correspondem àquelas que são realizadas tendo em vista um aumento ou facilitação da fruição do bem¹⁶, elas representam melhorias para o fim a que se destina determinado bem, não são necessárias, portanto sua inexecução não provoca danos diretos ou indiretos a quem quer que seja.

Por fim, temos as voluptuárias que são aquelas que tem finalidade de “mero deleite” ou “recreio”, como positivado no §1º do Art. 97 do CC/02. São as que não se enquadram em necessárias nem úteis, mas possuem valor e agregam este ao bem.

O ordenamento jurídico brasileiro, através da opção do legislador, preferiu dar o tratamento às benfeitorias conforme a análise da boa e da má-fé, que determinam de plano o tratamento e instituto jurídico aplicado.

No caso dos possuidores que realizam benfeitorias de boa-fé estes têm o direito de serem indenizados pelas úteis e pelas necessárias, além de poderem levantar as voluptuárias que tiverem realizado, desde que não indenizadas, sem que haja prejuízo ao bem principal. Além disso podem exercer o direito de retenção¹⁷ em relação ao não pagamento das indenizações a que tem direito das úteis e das necessárias.¹⁸

Já para os que estão de má-fé apenas estão acobertados pela garantia de receberem indenizações quanto às benfeitorias necessárias.¹⁹

¹³ Art. 97 do CC/2002. “Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor. ”

¹⁴ Depredação, perda de valor econômico.

¹⁵ Riscos à segurança de quem exerce os direitos inerentes à propriedade.

¹⁶ Art. 96, §2º, do CC/2002.

¹⁷ Faculdade legal conferida ao credor de conservar em seu poder a coisa que possui de boa-fé, pertencente ao devedor, ou de recusar-se a restituí-la até que seja satisfeita a obrigação.

¹⁸ Art. 1.219 do CC/2002.

¹⁹ Art. 1.220 do CC/2002.

2.3 Função social da posse

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante a propriedade e consagra, em seu art. 5º, inciso XXIII, que ela seja exercida em conformidade com a sua função social²⁰, porém nossa Carta não define de modo objetivo o conteúdo da função social, o que abre espaço para interpretações e doutrinas que buscam entender a extensão deste princípio.

Diante do problema existente em torno do fato de que a CF/88 determina o cumprimento de um princípio sem a referência objetiva do seu conteúdo, o art. 186 da CF/88 serve para trazer uma base para construções acerca deste instituto ao dizer que:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim ela estabelece de uma forma objetiva o que seria a função social da propriedade rural, definindo alguns parâmetros para sua aplicação. Além disso temos no art. 182, §2º, da CF/88 a disposição sobre a função social da propriedade urbana: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”, porém deve-se atentar para a localização topográfica destes dispositivos na própria Constituição, que é na parte da principiologia da ordem econômica²¹. Percebe-se a diversificação das características da propriedade urbana, uma vez que a propriedade adquire várias formas e com estas vem a necessidade de exigências diferentes (TEPEDINO, 2004), o que não engloba todas as situações fáticas dessa garantia individual e que, mesmo assim, deve servir para que o Estado também cumpra a função social de suas propriedades, pois eventuais bens desguarnecidos

²⁰ Garantia individual positivada na Carta Magna.

²¹ O que corrobora com a teoria de Ihering das relações econômicas da propriedade e da posse.

abrem caminho para que particulares se aposses deles, tanto urbanos quanto rurais, para lhes dar a destinação social exigida, perfazendo a legitimidade de suas posses, mesmo sem a devida consideração do Estado.

Pode-se fazer um paralelo do Art. 186 com o Art. 6º da própria Constituição, que consagra o direito à moradia como direito social que deve ser garantido, ou seja, ao servir como morada a propriedade exercerá sua função social.

Agora há a possibilidade de se enxergar que a moradia não necessariamente será exercida através da propriedade de um imóvel, mas muita das vezes é através da posse, daí se extrai a necessidade de entendimento e conceituação de um dos desdobramentos implícitos da função social da propriedade, que é a função social da posse.

Os fundamentos para a função social da posse são inferidos implicitamente da nossa Constituição vigente. Fredie Didier cita que Humberto Ávila faz um paralelo da seguinte forma: “Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal”²², o que nos permite extrair do princípio da função social da propriedade a função social da posse, da mesma maneira que é colocada por Ávila, uma vez que este tipo de interpretação se demonstra cabível em alguns âmbitos da hermenêutica jurídica. Freddie Didier²³ também se manifesta no sentido de que o cumprimento da função social da posse seria, inclusive, um requisito para as tutelas possessórias, que deveria ser feita a leitura de um novo inciso, o “V”, no art. 927 do CPC/73, qual seja: a prova do cumprimento da função social. Com isso, coloca-se a função social da posse em um patamar elevado e que é capaz de relativizar o direito à propriedade e permitir a autonomia entre posse e propriedade, uma vez que a não observância da função social pelo proprietário dá ao possuidor que cumpre a função social da posse o direito de adquirir a propriedade de acordo com os trâmites legais.²⁴

3. BREVE ANÁLISE ACERCA DOS BENS PÚBLICOS

²² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 5ª ed., cit., p. 97.

²³ DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. 2010, p. 14

²⁴ Disponível em <<http://edeziomuniz.jusbrasil.com.br/artigos/111827004/da-funcao-social-da-posse>>

3.1 Classificações e características

De acordo com Hely Lopes Meirelles²⁵ e Diógenes Gasparini²⁶, conceitua-se bem público como os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público (Entes da Federação, autarquias, fundações de direito público, empresas públicas) e os que pertencem a terceiros que estão vinculados à prestação do serviço público.

Desta forma a análise que se faz é a de estabelecimento de dois critérios distintos para a definição deste conceito, quais sejam: (i) critério subjetivo, que permite a definição com base no agente que tem sob seu poder os bens, e (ii) critério finalista, que tem por definição a destinação do bem, independente de quem seja o titular.

Ainda no diapasão da diferenciação dos bens pela sua destinação, pode-se subdividir os que têm a destinação vinculada à prestação do serviço público em três categorias: (i) bens de uso comum, (ii) bens de uso especial e (iii) bens dominicais²⁷.

Os bens de uso comum do povo se caracterizam por poderem ser utilizados de forma livre e indistinta, estão à disposição da população, como as praças públicas, as praias, os equipamentos de atividade física que se encontram geralmente em praças e em calçadas, rios, estradas, dentre outros. Seu uso pode ser gratuito ou oneroso, o que não retira sua característica de bem público de uso comum do povo.²⁸

Os bens de uso especial são definidos como aqueles bens que aparelham a Administração, utilizado diretamente no exercício de suas funções e na consecução de seus fins, como, por exemplo, os prédios que são usados como repartições públicas. Estes ganham esta característica mesmo que não sejam de propriedade

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 480.

²⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 711.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

de alguma pessoa jurídica de direito público, mas o são pelo critério finalista, qualificados ainda como de uso especial.²⁹

Por fim nós temos os bens públicos dominicais, que são definidos por exclusão, que não são para uso comum do povo e nem de uso especial. Sua destinação não é determinada, nem tem um fim administrativo específico³⁰. Sua principal característica consiste em sua função financeira, pois constituem patrimônio do Estado³¹. Como exemplo podemos citar os bens de propriedade de autarquias que são arrendados a uma Concessionária de serviço público para a prestação daquele, que gera o pagamento de parcelas de arrendamento para a personalidade jurídica de direito público que é titular do bem – função financeira.

Além das subdivisões em categorias específicas de bens públicos, pode-se inferir algumas características em comum de todos os bens públicos, que seguem: (i) intangibilidade³², (ii) inalienabilidade³³, (iii) imprescritibilidade³⁴, (iv) impenhorabilidade³⁵ e (v) não onerabilidade.³⁶

O foco da pesquisa são os bens dominicais, por se revestirem das características que se retiram do fato social ora analisado, ocupação de bens públicos dominicais por particulares que efetuam benfeitorias e são removidos.

As características para os bens de uso comum e para os bens de uso especial não mostram distinções ou excessões em seus regramentos, porém para a categoria de bens públicos dominicais existem algumas especificidades que serão explicadas a seguir.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 483.

³⁰ *Ibidem*, p. 484.

³¹ Chamados também de bens do patrimônio fiscal ou bens do domínio privado do Estado, conforme entendimento de 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.)

³² Sua função determina sua intangibilidade, da qual decorrem todas as outras características. (CRETELLA JÚNIOR, 1999).

³³ Os bens dominicais estão revestidos pelo manto do princípio da legalidade, ou seja, a alienabilidade está condicionada a expressa previsão legal - o interesse público, lei autorizativa, prévia avaliação da coisa e o devido processo licitatório. (MELLO, 2002), p. 770.

³⁴ “Quer-se com esta expressão significar que os bens públicos – sejam de que categoria forem- não são suscetíveis de usucapião”. (MELLO, 2002), p. 772.

³⁵ Neste aspecto cinge apenas em destacar o método de pagamento dos credores pela Administração por meio de precatórios ou RPV (Requisição de pequeno valor), o que impossibilitaria a penhora dos bens para garantias de crédito. (ALEXANDRINO, 2009).

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 16. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 556.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de alienação de bens dominicais conforme observado o princípio da legalidade e as disposições constantes na lei nº 8.666/93, e, em segundo, há a possibilidade de determinados bens serem concedidos de forma vitalícia, pois estão sujeitos à excessão da MP nº 2.220/2001 combinada com a lei nº 11.481/2007, que regulam o direito de concessão especial de uso para fins de moradia, quebrando o paradigma da impossibilidade de o particular agir como dono.

Desta análise das características e conceitos de bens públicos nota-se uma clara diferenciação entre os bens públicos dominicais e os demais bens públicos, portanto aptos a serem estudados e tratados de maneira diferenciada pela presente pesquisa.

3.2 A posse de bens públicos

A teoria de Ihering, aliada às características dos bens públicos, suporta o entendimento da possibilidade de existência de posse de bens públicos, principalmente pelas características da alienabilidade, do poder do particular de se portar como dono e possibilidade de autonomia entre posse e propriedade, não por elas em si mesmas, mas pela possibilidade de um indivíduo ser proprietário, que para Ihering é uma condição necessária para que se possa exercer a posse.

Ocorre que nesta pesquisa estamos analisando os bens públicos dominicais, e como vimos anteriormente, esta categoria de bens permite excessões, principalmente nas próprias características que alguns entendem serem primordiais para a existência da posse.

Desta forma, pode-se perceber que os bens públicos dominicais gozam de permissivas legais para serem alienados e não estão atrelados diretamente ao exercício de uma função pública, o que os tornam potencialmente aptos a serem passíveis de sofrerem a “conduta de dono” pelos particulares, o que acarreta na consequente possibilidade clara de posse por aqueles que por ventura estejam exercendo algum dos direitos inerentes à propriedade – usar, gozar, dispor e reaver – de uma forma, no mínimo, potencial.

Corroboram com esta posição os ilustres Gustavo Tepedino³⁷, Cristiano Chaves de Farias e Rosenvald³⁸, que acreditam haver a possibilidade de posse de bens públicos, tendo a lei apenas excluído uma hipótese de seus efeitos, qual seja: a possibilidade de serem usucapidos.

4. DELIMITAÇÃO E CRÍTICA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO STJ PARA NEGATIVA DE RECONHECIMENTO DA POSSE NÃO AUTORIZADA DE PARTICULARES SOBRE BENS PÚBLICOS

Desde 2004, quando foram primeiramente motivados a tratar do tema, nos REsp 540.806 – DF³⁹ e REsp 146.367 – DF⁴⁰ os ministros do STJ já mantinham entendimentos controversos em relação à possibilidade de posse de bens públicos por particulares. As decisões que não reconheciam a possibilidade eram baseadas na teoria de Ihering, que estabelecia que posse e propriedade caminhavam lado a lado e quem não pudesse ser proprietário conseqüentemente não poderia exercer posse, apenas exerciam detenção, a exemplo, o Resp 146.367, cuja ementa se segue:

INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, PERTENCENTE À “COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO CASO. A ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916).

Porém, em alguns julgados, como no Resp 540.806, primeira abordagem do tema, admitia-se a possibilidade do exercício da posse de bens públicos.

No Resp 540.806 – DF, a questão girava em torno da pretensão da TERRACAP, empresa pública, em inviabilizar o manejo de ações possessórias pelos

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. Ed., São Paulo: Renovar, 2004, p. 317.

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 311.

³⁹ REsp nº 540.806 – DF, rel. min. ELIANA CALMON, 2ª Turma, j. 01.04.2004

⁴⁰ REsp nº 146.367 – DF, rel. min. BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, j. 14.12.2004

particulares que ocuparam seus terrenos, que são públicos dominicais, por afirmarem que não havia possibilidade de existir posse de bens públicos.

A decisão, da Ministra Relatora Eliana Calmon, acompanhada dos votos dos Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins, negou provimento ao recurso da TERRACAP e reconheceu a possibilidade de posse ao particular ao decidir da seguinte maneira:

Pergunta-se, então: a condição de senhora da área pública garante à TERRACAP a posse? A resposta é negativa na medida em que domínio não concede posse a nenhum senhor. Surge, então, a segunda indagação: pode-se adquirir posse de terra pública? A resposta é positiva, porque se garante a relação fática que se pode obter pelo tempo, garantindo-se o possuidor com as normas formas de defesa, inclusive uso dos interditos. Só não se pode outorgar o direito de usucapir, porque não há prescrição em relação aos bens públicos.

Esta decisão é consoante com a tese defendida neste artigo, por entender que a vedação que consta na Constituição de 1988 se limita às possibilidades de usucapião, não existindo óbice para configuração da posse.

Já na decisão referente ao REsp 146.367, segunda vez em que foram chamados a tratar sobre o tema, em que particulares pleiteiam reforma da decisão que julgou improcedente a concessão da proteção possessória, o Ministro relator Barros Monteiro, acompanhado dos Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini, entenderam que não havia configuração de posse, mas apenas mera detenção, utilizando-se dos argumentos a seguir para denegarem o mérito, assim se manifestando:

INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, PERTENCENTE À “COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA – TERRACAP”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO CASO. – A ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916). Recurso especial não conhecido.

Ainda aduz:

Jansen Fialho de Almeida, Magistrado no Distrito Federal, observa que “a jurisprudência, contudo, tem entendimento pela impossibilidade jurídica de pedido possessório em área pública, quando deduzido por particular sobre bem público contra o órgão detentor da propriedade, pois, não podendo ser

objeto de usucapião, a ocupação é mera detenção tolerada ou permitida, portanto, à precariedade.

O argumento que ressalta a vedação da usucapião de bens públicos foi utilizado de maneira equivocada. Esta vedação apenas impede a aquisição da propriedade pela via prescritiva, e para a determinação se seriam devidas ou não indenizações por benfeitorias o critério é a posse.

Foi decidido de forma diametralmente contrária à decisão exarada pela 2ª Turma, como visto acima, tendo como principal fundamento a doutrina de Tito Fulgêncio, acerca da distinção de posse e detenção:

Haverá posse sempre que houver o corpus e a affectio tenendi.

Haverá simples detenção ou posse precária:

a) quando se tem o corpus sem o animus ;

b) quando, apesar da coexistência dessas condições, um dispositivo legal negar a posse, em alguma hipótese.(...) Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, reza em sua primeira parte o art. 497 do Código Civil/1916, inteiramente aplicável à espécie em exame. Escorreita, destarte, a asserção constante do acórdão recorrido segundo a qual "a ocupação de terras públicas não passa de mera detenção", com base em julgado oriundo da Suprema Corte: "O bem do Estado é inintegrável no patrimônio do particular, pela prescrição aquisitiva ou usucapião. O poder do particular sobre terras públicas não é posse, mas mera detenção (RF 143/102)". "

Como visto nos capítulos anteriores a teoria objetiva de Ihering permite perfeitamente a posse sem o *animus*, mas é preciso ir além nos casos de bens públicos dominicais, deve-se atentar para a necessidade de avaliar esta questão em conjunto com as diretrizes principiológicas constitucionais, para não aplicar a teoria com sua leitura inconstitucional.

No REsp 489.732 - DF⁴¹, que solicitava reforma da decisão da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que julgou improcedente o recurso da TERRACAP – recorrente do REsp – para manter a decisão da 6ª Vara da Fazenda Pública que determinou que a Empresa Pública se abstinhasse de promover a demolição das acessões erigidas pelos particulares, o Ministro Relator Barros Monteiro, acompanhado por toda a 4ª Turma do STJ, decidiu pela impossibilidade de utilização dos mecanismos de defesa da posse por, em sua opinião, a ocupação de

⁴¹ REsp nº 489.732 – DF, rel. min. BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, j. 13.06.2005

bens públicos por particulares serem sempre mera detenção, reformando a decisão de 2º grau, como se extrai de seu voto:

Se assim é, ou seja, cuidando-se no caso de bem público integrado ao patrimônio imobiliário do Distrito Federal e administrado pela ré, o imóvel em tela não é passível de apossamento por particular, tampouco de usucapião (Súmula. 340-STF). Em verdade, o autor não tem a posse do terreno, mas a mera detenção decorrente da tolerância ou permissão do Poder Público.

No argumento eles trazem que os particulares exercem mera detenção, mas como visto acima a análise de posse de bens públicos pelos particulares não é feita de uma maneira imediata e genérica, ela é feita caso a caso e possível de ser conhecida para os casos dos bens públicos dominicais, o que, se superado, determina a extinção do argumento.

No REsp 945.055 – DF⁴², de 2009, restaram os mesmos argumentos utilizados em 2004 além da inexistência de vantagens para a Administração ao

⁴² ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeitorias. 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O art. 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, § 3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade, por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público. 8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação etc.). 9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas, pressupõe vantagem, advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arripio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição. 11. 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 legítimas, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público. 12. Recurso Especial provido.

receber aquelas benfeitorias, tendo que demolí-las, inclusive com próprios recursos, como exposto:

9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas, pressupõe vantagem, advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arrepio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição.

Este argumento não se demonstra válido, uma vez que a análise não foi feita de acordo com os critérios objetivos dos tipos de benfeitoria⁴³ e, além disso, o proveito que a Administração tiraria daquelas benfeitorias é uma análise subjetiva, não podendo o ente público agir como particular, precisa levar em consideração a função social da posse para fins de moradia, o caráter fundamental do direito à moradia e a inércia do Estado, que foram determinantes para o apossamento indevido do particular. Não houve nenhum tipo de análise e discussão a respeito do uso do imóvel para os fins sociais, nem sobre a função social que aquele imóvel exercia.

Além desta, temos outra decisão dada pelo STJ no REsp 841.905 – DF⁴⁴, de 2011, que inovou ao considerar que a indenização pelas benfeitorias e o direito de retenção poderiam ser admitidos caso se provasse a boa-fé, admitiu ainda que a posse de bens públicos era um tema com bastante divergência e que, há pouco, o Ministro relator Luis Felipe Salomão havia se filiado a uma doutrina que reconhecia a possibilidade de existência de posse em bens públicos dominicais e que esta indenização seria admitida caso houvesse tolerância da situação fática apresentada

⁴³ Suas classificações.

⁴⁴ DIREITOS REAIS. RECURSO ESPECIAL. POSSE DE BEM PÚBLICO GERIDO PELATERRACAP OCUPADO SEM PERMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. INVIABILIDADE. 1. Conforme dispõe a Lei 5.861/72, incumbe à TERRACAP, empresa pública que tem a União como co-proprietária, a gestão das terras públicas no Distrito Federal. 2. A jurisprudência firme desta Corte entende não ser possível a posse de bem público, constituindo a sua ocupação sem aquiescência formal do titular do domínio mera detenção de natureza precária. 3. Os artigos 516 do Código Civil de 1916 e 1.219 do Código Civil em vigor estabelecem a posse como requisito para que se possa fazer jus ao direito de retenção por benfeitoria. 4. Recurso especial provido.

por longos anos, conforme se observa do voto vencedor e seguido de forma unânime pela Quarta Turma do STJ, extraído de seu inteiro teor⁴⁵:

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.

Em outro julgado⁴⁶, o REsp 1.296.964 – DF⁴⁷, de 2016, cuja decisão ainda não foi publicada e, por isso, retirei as informações diretamente do site do STJ em notícia publicada oficialmente, houve grande evolução no pensamento e nas diretrizes do nosso Superior Tribunal de Justiça. Neste momento histórico, entendeu o Ministro Relator que, nos casos de bens públicos dominicais, é permitido o pedido judicial de proteção possessória frente a um outro particular⁴⁸, um dos efeitos da posse. Ressalta ainda que o pedido não retira o bem do patrimônio do Estado, mas reconhece a posse do particular e sua autonomia em relação à propriedade do Estado, que garante a função social da propriedade e cristaliza valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia e o aproveitamento do solo.⁴⁹

O relator do caso na Quarta Turma, ministro Luis Felipe Salomão, esclareceu inicialmente que, segundo o artigo 1.196 do Código Civil, considera-se possuidor aquele que tem de fato o exercício, de forma plena ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Salomão também lembrou a importância de diferenciar os casos em que pessoas invadem imóvel público e posteriormente almejam proteção possessória e os litígios em que, como no recurso analisado, são levantadas questões possessórias entre particulares por imóvel situado em terras públicas.

⁴⁵ Neste caso o pleito foi julgado improcedente, pois não se provou a boa-fé.

⁴⁶ Até a data de conclusão do presente trabalho não havia sido publicada a decisão. Em contato com a Coordenadoria da 4ª Turma do STJ foi dito que teriam até o fim de Dezembro de 2016 para publicá-la.

⁴⁷ REsp nº 1.296.964 – DF, rel. min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, j. 18.10.2016

⁴⁸ Entre particulares, mas acredito que possa ser estendido para frente a quem quer que seja, pois não se discute a propriedade, somente a posse. Uma vez reconhecida, ela seria oponível a todos, pois o ordenamento garante a proteção possessória a quem exerça a posse, de forma indistinta.

⁴⁹ Por não ter sido ainda publicada, as informações foram retiradas da notícia do próprio site do STJ.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Particulares-podem-discutir-posse-de-im%C3%B3vel-localizado-em-%C3%A1rea-p%C3%BAblica>

O ministro destacou que as turmas de direito privado do STJ costumavam caracterizar o ocupante de bem público como mero detentor do imóvel, sem legitimidade para pleitear proteção possessória ou indenização por benfeitorias realizadas.

Todavia, Salomão enfatizou a recente evolução de posicionamento dos colegiados do tribunal no sentido de que, dependendo do caso, é possível a discussão possessória em bens dessa natureza por particulares, “devendo a questão ser interpretada à luz da nova realidade social”.

A evolução de entendimento leva em conta o conceito de bens públicos dominicais, definidos pelo Código Civil como aqueles que, apesar de fazerem parte do acervo estatal, encontram-se desafetados, sem destinação especial e sem finalidade pública. Em imóveis desse tipo, o particular exerce poder fático sobre o bem e lhe garante sua função social, podendo propor interditos possessórios contra terceiros que venham a ameaçar ou violar sua posse.

Desta forma, ao analisar os argumentos trazidos desde 2004 até 2016 para a questão da proteção possessória de particulares em bens públicos dominicais, pode-se perceber que houve significativa evolução de pensamento e de aplicação de institutos do Direito Civil em consonância com os princípios Constitucionais de nossa atual Carta Magna, o que possibilitou o reconhecimento da posse de bens públicos, com seus devidos efeitos, e, de forma mais clara, a possibilidade de os particulares serem indenizados e utilizarem o direito de retenção por benfeitorias, uma vez possibilitada a posse, condicionados apenas à prova de boa-fé.

Nota-se que nas primeiras decisões, até a de 2016, não havia preocupação dos julgadores em questionar a ordem infraconstitucional sob a ótica constitucional, não conseguiram colocar à baila os problemas da teoria de Ihering se levada “ao pé da letra”, assim como não cuidaram de analisar a complexidade e diversidade dos bens públicos dominicais, principalmente sua função financeira, que jamais poderia se sobrepujar aos direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e direito à moradia.

Em outubro de 2016 ocorreu uma quebra de paradigma por parte do STJ, que finalmente começou a colocar a Constituição como luz para guiar a interpretação e ordenamento infraconstitucional, o que possibilitou entender que os bens públicos dominicais são sujeitos sim à posse por particulares e que os seus direitos e efeitos decorrentes da possibilidade de exercerem tal posse são a guia para a aplicação dos institutos do Direito Civil, bastando no caso de indenizações por benfeitorias e direito de retenção, que demonstrem a boa-fé.

5. CONCLUSÃO

A intenção da presente pesquisa foi a de verificar se existiria a possibilidade de serem reconhecidos os direitos de retenção e de indenização por benfeitorias ao particular ocupante não-autorizado de bens públicos dominicais.

Para responder a esta problemática a principal questão encontrada foi a de se possibilitar ou não a posse de bens públicos por particulares. Diante deste cenário, foi realizada uma leitura de doutrina e de julgados do STJ que permitiram conceituar e identificar as disposições constitucionais, seus princípios e teleologias, que visam à proteção dos indivíduos e às garantias fundamentais, que devem servir de base para a interpretação e aplicação infraconstitucional.

Pôde-se verificar o nível em que o nosso país se encontra em relação ao déficit habitacional e as consequências dele, com isso analisou-se o instituto da posse sob a ótica de Ihering, adotada em nosso ordenamento jurídico, e verificou-se seus efeitos e características, com destaque para a função social da posse, que esbarra em um dos problemas da doutrina de Ihering.

Depois foi necessário estabelecer as diferenciações das categorias de bens públicos para demonstrar o porquê da diferenciação dos bens públicos dominicais dos demais para a presente pesquisa. Além disso, com a análise dos julgados do STJ foram colhidos os principais argumentos que orientariam a aplicação da impossibilidade da posse de bens públicos por particulares, o que foi criticado e trazido à tona pela mais recente decisão da Corte em outubro de 2016, que foi a melhor interpretação, à luz constitucional, dada à questão, que bateu todos os argumentos em consonância com a dignidade da pessoa humana, direito à moradia e função social da propriedade e da posse.

Como questões iniciais foram colocadas as seguintes: (i) existe posse não-autorizada de bens públicos dominicais por particulares? (ii) Qual a fundamentação teórica e legal para a resposta encontrada? (iii) Qual o posicionamento jurisprudencial acerca dessa problemática? (iv) O posicionamento jurisprudencial atende à complexidade do cenário e das questões envolvidas? (v) Qual seria a melhor forma de proceder a esta situação sem que haja prejuízos e feridas às garantias constitucionais?

Conseguimos respondê-las da seguinte forma: (i) É possível a posse de bens públicos dominicais, devendo ser analisada em consonância com os princípios e garantias constitucionais, como a função social da posse e o direito à moradia, além de não haver proibição normativa para este instituto, sendo apenas vedado a aquisição pela via prescritiva, conforme Chaves e Rosenvald (2006), além de posição do Ministro Luis Felipe Salomão em suas decisões (ii). (iii) O posicionamento jurisprudencial iniciou o trato do tema de uma maneira conflitante, tendo no primeiro momento admitido a possibilidade de posse (REsp 540.806/DF) e logo na segunda vez (REsp 146.367/DF) voltado atrás e negado esta possibilidade, a partir daí diversas decisões negaram a existência de posse de bens públicos, até as decisões da Quarta Turma, relatadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão, que trouxe nova interpretação que possibilitou a existência da posse para os bens públicos dominicais, sendo sua decisão a mais recente, de Outubro de 2016. (iv) Pôde-se perceber que a complexidade do tema só foi tratada nas decisões do Ministro Luis Salomão, uma vez que apenas ele enfrentou as questões de ordem constitucional e, como ele mesmo coloca, “interpretada à luz da nova realidade social”. (v) A melhor forma de se resolver estas questões é justamente a trazida pela Quarta Turma em sua última manifestação sobre o tema (REsp 1.296.964/DF), admitir a possibilidade de posse para os bens públicos dominicais, desafetados da finalidade pública e que não cumprem sua função social, e reconhecer que as benfeitorias de boa-fé devem ser indenizadas e o particular pode exercer o direito de retenção em relação a elas.

Portanto, ficou demonstrado claramente que há a possibilidade de posse por particulares de bens públicos dominicais, e para a presente questão colocada nesta pesquisa essa possibilidade de posse gera os desdobramentos necessários para concluir que o direito de retenção e o direito de indenização por benfeitorias realizadas devem seguir as regras do Direito Civil, amparados pela configuração da posse através de uma leitura constitucional e humana da situação fática.

6 REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 5ª ed., cit., p. 97.

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.

DA SILVA, Filipe Figueiredo Gonçalves. **A Posse de Bens Públicos: revisão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Monografia FGV, 2008

DIDIER JR., Fredie. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse**. 2010, Artigo, p. 14.

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

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.

IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da posse.** São Paulo: Edipro, 2002, 2ª edição.)

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

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.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** São Paulo: RT, 2008

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil,** v.1, 18.ed. 66

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 28.481, 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 1.129.480/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.