

CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO USUCAPIÃO COLETIVO

Pablo Stolze Gagliano*

“Ou nós ficamos atentos para as tramas do Direito, ou seremos presas fáceis dele. E presas bem alimentadas...” (Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, em magnífica aula de Filosofia do Direito proferida no mestrado da PUC-SP, em 31-5-2004).

Desde quando entrou em vigor, no início¹ do ano passado, o novo Código Civil tem causado controvérsias e despertado a atenção de todos aqueles que militam na seara do Direito Privado.

* *Juiz de Direito Titular da Comarca da Amélia Rodrigues (BA), mestrando em Direito Civil pela PUC/SP, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da Escola de Magistrados da Bahia, co-autor da obra Novo Curso de Direito Civil (Ed. Saraiva) e do Código Civil Comentado (Ed. Atlas).*

1 Existe acesa polêmica a respeito da data de entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), se tal teria-se dado no dia 11 ou no dia 12 de janeiro de 2003. Nesse particular, alinhamo-nos à corrente de pensamento da prof^a. Maria Helena Diniz, da PUC/SP, citada pelo culto Mário Delgado: “Preferimos, todavia, seguir a corrente doutrinária dos que acham que o Código entrou em vigor no dia 11-1-2003, não obstante a extrema comodidade em se aceitar o dia 12. Partilhámos com Maria Helena Diniz o entendimento de que o art. 2.044, sob pena de ilegalidade vertical decorrente do inevitável confronto com o art. 8º, § 2º, da LC n. 95/98, deve ser lido e recebido como se houvesse estabelecido o prazo de vacância em 365 dias e não em um ano, e aqui estamos dando uma interpretação

Aliás, a despeito das justas críticas que lhe são dirigidas, um importante legado – muito bem-vindo, por sinal – a nova lei nos concedeu: o Direito Civil voltou a assumir posição de destaque nos meios acadêmicos nacionais, viabilizando uma construtiva reflexão acerca dos seus fins e princípios.

Nesse contexto, de acesos debates intelectuais, ganha candente matiz a problemática referente à regra constante em seu art. 1.228, § 4º, que dispõe:

“O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Trata-se de instituto jurídico muito peculiar, e que, se analisado com bastante atenção, poderá causar-nos uma desagradável sensação de desconforto, provocada por contundentes indagações.

E tal inquietude ganha fôlego em face dos desencontros doutrinários que se seguirem à entrada em vigor do referido dispositivo.

Afinal, o codificador teria criado uma nova forma de “desapropriação” ou estaríamos diante de uma modalidade peculiar de “usucapião especial ou coletivo”?

De fato, argumentos há, apontando para ambas as direções.

Sob o prisma topográfico, e seguindo um critério de interpretação sistemática, tem-se a impressão de que se consagrou *uma nova modalidade expropriatória*, uma espécie de “*desapropriação judicial*”.

Isso porque, no parágrafo antecedente, o legislador, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, regulou, expressamente, as hipóteses de desapropriação *por necessidade ou utilidade pú-*

construtiva, sistemática, teleológica ao preceito, com vistas a aproveitá-lo” (Problemas de Direito Intertemporal: Breves Considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do Novo Código Civil Brasileiro, *in* Novo Código Civil – Questões Controvertidas – vol. 1. São Paulo: Método, p. 490).

blica e interesse social, para, em seguida, dispor, no dispositivo sob comento, que o proprietário “também” poderia ser privado da coisa, em função da posse exercida por terceiro, mediante *pagamento de indenização* (§ 5º).

Ora, ao utilizar a palavra “também”, e fazer referência à indenização a ser paga ao expropriado, transparece que fora acrescentada mais uma modalidade de desapropriação ao rol arrolado no parágrafo anterior.

Defendendo a *natureza expropriatória do instituto*, a professora Mônica Aguiar, da Universidade Federal da Bahia, em excelente artigo, observa:

“Essa desapropriação realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sem intervenção prévia de outros Poderes, é figura nova em nosso sistema positivo [...] Em um mesmo artigo — § 4º do art. 1.228 – o legislador faz uso de vários conceitos jurídicos indeterminados: considerável, para qualificar o número de pessoas; de interesse social e econômico, para adjetivar as obras e serviços e extensa, para identificar a área. Abre-se, então, um aparente leque de possibilidades para o preenchimento do conteúdo jurídico desses conceitos pelo Magistrado que, conforme relatado, será o artifice dessa desapropriação”.²

Entretanto, outros autores de inegável valor sustentam tratar-se de *modalidade nova de usucapião*, a exemplo do culto Ministro Teori Zavascki, na obra “A Reconstrução do Direito Privado”.³

Nesse mesmo diapasão, Eduardo Cambi, respeitado jurista, após mencionar que se cuida de usucapião coletivo, pondera que:

“Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho,

2 AGUIAR, Mônica. Texto gentilmente cedido pela autora pela *internet*, e disponível no site <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm>, acessado em 12 de julho de 2007.

3 A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, in *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 843 a 861.

por extrapolar os 250m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei n. 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade”.⁴

Nessa linha de raciocínio, uma vez que a perda da propriedade se dá pela *posse exercida por uma coletividade de pessoas*, dentro de um *lapso de tempo previsto em lei (5 anos)*, não há, em nosso sentir, negar a nota característica da prescrição aquisitiva, razão por que a tese do usucapião⁵ nos pareceria mais atrativa.

Ademais, valorizando a posse, chegaríamos à conclusão de que o legislador pretendeu criar, por meio desse polêmico instituto, um instrumento de socialização da terra, previsto para aquelas situações em que o descaso do proprietário justificaria a perda do seu imóvel em favor dos efetivos possuidores da área.

Nota-se, ademais, a utilização de inúmeros conceitos abertos ou indeterminados (como extensa área de terra, boa-fé, interesse social e econômico), que deverão ser devidamente preenchidos pelo magistrado, no caso concreto, com cautela e diligência, a fim de se evitar a indesejável insegurança jurídica.

Encarando o instituto como modalidade de usucapião, não se deixaria de atender, também, ao princípio constitucional da *função social da posse e da propriedade*, compensando aqueles que dão destinação útil ao imóvel, e minimizando-se (ao menos no plano legal) os conflitos possessórios coletivos.

4 CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 38.

5 Sobre o gênero da palavra usucapião, já anotamos, em nossa obra *Comentários ao Código Civil – vol. XIII (Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador)*, São Paulo: Atlas, 2004, que: “Embora exista divergência linguística quanto ao gênero da palavra, e, bem assim, o codificador houvesse preferido grafá-la no feminino (“a usucapião”), manteremos a utilização no masculino, em respeito à tradição legislativa. Caldas Aulete, por exemplo, clássico dicionarista, prefere empregar a expressão no masculino (cf. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958, vol. 5, p. 5.192)”.

Mas, ainda que se cuide de um novo tipo de usucapião (oneroso), uma pergunta surge imediatamente em nossa mente: *quem arcaria com essa indenização?*

Segundo Mônica Aguiar, no mencionado artigo, a indenização deveria ser arcada pela União ou pelo Município, caso se trate de expropriação rural ou urbana:

“Para os imóveis rurais, não resta dúvida que essa indenização deve ser arcada pela União, quer por força do comando dos arts.184 a 186 da Constituição Federal, quer por observância dos critérios estabelecidos pela Lei n. 8.629 de 25-2-93 com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 10.279 de 12-9-2001 e Lei Complementar n. 76, de 6-7-1993.

“Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área urbana. Nessa hipótese, inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigido, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com *animus domini*.

“Parece que o ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal. Há uma co-responsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia”.⁶

Teori Zawascki⁷ e Eduardo Cambi⁸, autores supramencionados, por sua vez, entendem que o pagamento seria feito pelos próprios possuidores, prescipientes da referida área.

Em outro plano, Carlos Alberto Dabus Maluf, diante da falta de previsibilidade legal, reputa o referido artigo *inconstitucional*:

6 AGUIAR, Mônica. Ob. cit.

7 “Pelos seus requisitos (‘posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos’) assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, possuidores-usucapiantes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa” (p. 853, ob. cit.).

8 Este culto autor estabelece que a responsabilidade é dos possuidores e subsidiariamente do Estado, ob. cit., p. 39.

“Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização”.⁹

De fato, embora não enfrentemos o problema sob o viés exclusivo do proprietário, a impressão que se tem é de que *o dispositivo está fadado à ineficácia social*.

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.

Impor a mesma obrigação aos ocupantes da terra, posição que vem ganhando força na doutrina, *data venia*, também não nos pareceria justo, por uma constatação imediata: *em geral os possuidores são desprovidos de recursos financeiros, e não teriam como arcar com esse pagamento*.

Assim sendo, concluímos que o referido dispositivo carece de sustentação, estando condenado à ineficácia social por manifesta inviabilidade.

De um lado, prejudica-se o proprietário, por não haverem sido regulados os mecanismos efetivos de pagamento da indenização prevista; de outro, imputando-se o dever ao ocupante da terra – posição que infelizmente parece ser majoritária –, *estar-se-ia impedindo o plano nacional de política agrária e de construção de uma sociedade mais justa, nos termos da nossa Lei Maior*.

Inadmissível, outrossim, é o Projeto de Reforma do CC (PL. 6960/02), que, com acentuado matiz privatístico, e visando apenas a resguardar a defesa do proprietário, afastou-se da perspectiva constitucional de socialização da posse, ao *subordinar o registro da sentença em nome dos possuidores ao pagamento integral do preço*.

9 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado* (coord.: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.099).

Caso aprovado, a aquisição da propriedade somente se daria após o pagamento integral desse valor, o que culminaria, inafastavelmente, na consolidação do “trancamento eficaz” da norma, afastando-se qualquer tentativa de salvação de sua utilidade (prática) de valorização da posse.

Nesse sentido, leia-se o referido parágrafo projetado:

“no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço pelo ocupante, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor”.

Tal modificação, em nosso sentir, não é justa, pois apenas serviria como garantia do proprietário, em detrimento do possuidor, sem que se resolvesse em definitivo a fundamental questão referente ao legitimado para o pagamento.

Diante de tudo isso, notamos que o legislador teve grande fôlego e coragem para *iniciar* a redação do artigo de lei, mas acabou perdendo-se no *final*, omitindo aspectos relevantes para a sua plena aplicabilidade...

Não conseguimos, pois, diante de sua dicção, extrair de si uma *interpretação razoável e conforme a Constituição*, consoante preleção do Prof. Dr. Paulo Lobo da Universidade Federal de Alagoas:

“O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes contribuições dos constitucionalistas nas últimas décadas. Consiste, basicamente, em explorar ao máximo a compatibilidade com a Constituição das normas infraconstitucionais a ela anteriores ou supervenientes, e a partir dela. Apenas deve ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma quando a incompatibilidade dela com a Constituição for insuperável. Essa diretriz hermenêutica harmoniza-se com os princípios da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e da força normativa da própria Constituição. Mais importante é a função que desempenha na interpretação do conteúdo das leis, que há de ser conformado, delimitado e densificado pelos princípios

e normas constitucionais. Assim, o Código há de ser interpretado, sempre, a partir da Constituição”.¹⁰

Melhor seria que, por meio de alteração legislativa, se adotasse uma forma de usucapião coletivo, semelhante àquela prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), sem referência alguma ao pagamento de indenização, e desde que os requisitos gerais fossem devidamente observados (*posse/animus/tempo*).

Todavia, enquanto tal alteração não se opera, será mais razoável ao juiz, *no que for possível*, tentar aplicar as regras referentes a outras formas de usucapião, previstas no Código Civil, por entendermos que tal como fora redigido o presente dispositivo está fadado à inconstitucionalidade, por não respeitar superiores princípios previstos em nossa Magna Carta.

E constatamos isso não sem certa preocupação, pois, afinal de contas, a adoção de normas *aparentemente* válidas, embora materialmente ineficazes – cercadas muitas vezes por todo um discurso meramente simbólico e acentuadamente demagógico — resulta por prejudicar ainda mais a imagem do próprio Poder Judiciário, incrementando ainda mais a insatisfação do jurisdicionado.

Esperamos, portanto, diante de tudo o que se expôs, que o legislador faça a parte dele, para que nós, juízes, possamos fazer a nossa.

10 LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de Família e o Novo Código Civil* (coord.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153.