

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



DESEMBARGADOR CARPENA AMORIM:

PODER JUDICIÁRIO É UM PRESTADOR DE SERVIÇOS

Editorial: O RONCO DAS URNAS

DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PELA POSSE – TRABALHO

José Carlos Zebulum

Juiz Federal Substituto da 27ª Vara Federal/SJRJ
Mestrando em Direito Civil Pela Uerj

Este trabalho analisa o direito de propriedade e sua evolução, notadamente diante previsão constitucional que impõe o atendimento de sua função social. A abordagem segue para uma análise do artigo 1.228 do Código Civil, notadamente seus parágrafos 4º e 5º, que instituem uma nova modalidade de aquisição da propriedade, que alguns autores já vêm chamando desapropriação judicial pela posse – trabalho.



Não é de hoje a preocupação da doutrina e dos aplicadores do Direito com o princípio da função social da propriedade e da posse. O princípio, no entanto, evoluiu de mero temperamento ao individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista, para a concepção que se tem hoje, segundo a qual o princípio “passa a integrar o conceito jurídico de propriedade, (...) de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”¹.

De fato, a função social não pode ser vista como mero apêndice do direito de propriedade, sendo muito mais que isso, eis que, como afirma Zavascki, “por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente

da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo”².

A idéia de que a propriedade deve cumprir a sua função social insere-se em um contexto maior, mais abrangente, que diz respeito ao movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, a partir do qual, desde o final do século XIX, vem-se promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, tais como a propriedade e o contrato. Adere-se, desde então, ao entendimento de que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, rejeitando-se a visão clássica da prevalência da vontade do titular, voltada exclusivamente para a defesa de seus próprios interesses. A perspectiva da funcionalização

do direito subjetivo envolve a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade, ou ainda, a outorga de um poder para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, mas de terceiros.

O artigo 1.228 do novo Código Civil estabelece que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Expõe-se, assim, o núcleo interno ou econômico do domínio (faculdades de usar, gozar e dispor) e o núcleo externo ou jurídico (a tutela do domínio), que compõem o aspecto estrutural da propriedade.

Mas o novo Código trouxe importantes inovações, destacando-se, inicialmente, o § 1º, pelo qual “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Passa, assim, o novo o Código, a abordar o aspecto funcional da propriedade, matéria até então absolutamente estranha ao direito civil codificado pátrio. Persegue, desta feita, a tutela da função social da propriedade privada, já delineada na Constituição Federal de 1988, vinculando o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais.

Inovou o Código de 2002, no entanto, de forma mais veemente, nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228, instituindo o legislador uma forma peculiar de desapropriação por ato judicial, fundada na utilidade social da posse e na destinação do bem expropriado. Extrapola-se, assim, a idéia de função social da propriedade, para se chegar à função social da posse, instituto que, no novo Código, não se prende mais à concepção abstrata de Von Jhering, veiculada, inclusive, no artigo 485 do Código de 1916³.

Adota o legislador, desta feita, uma interessante postura de conferir uma tutela especial à “posse qualificada” ou “posse-trabalho”, ou seja, aquela enriquecida pelos valores do trabalho, “que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimento de caráter produtivo ou cultural”⁴. Estabelece, assim, um discrimine em relação à “posse simples”, aquela que se caracteriza como um simples poder manifestado sobre uma coisa, ou ainda, o poder de fato sobre coisa própria ou alheia, exercido com estabilidade e autonomia, e tutelado juridicamente pelos interditos.

Estas singelas considerações pretendem, justamente, tratar da importância da inovação trazida pelo novo Código, inspirada no sentido social do direito de propriedade e no conceito de posse-trabalho.

A adoção desta nova modalidade expropriatória pelo Código Civil de 2002, que tem na sua essência a tutela da posse-trabalho, é, sem dúvida, bastante oportuna, tendo em vista que a questão fundiária no Brasil apresenta-se problemática e mal resolvida, o que se comprova

A IDÉIA DE QUE A PROPRIEDADE
DEVE CUMPRIR A SUA FUNÇÃO
SOCIAL INSERE-SE EM UM CONTEXTO
MAIOR, MAIS ABRANGENTE, QUE
DIZ RESPEITO AO MOVIMENTO DE
FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS
SUBJETIVOS (...)

pela freqüência e intensidade de movimentos sociais deflagrados em busca de soluções para a difícil situação em que se encontra grande parte da população brasileira, que ainda luta para conquistar na prática, um direito que a Constituição Federal já lhe outorgara: o direito à moradia.

Atribui-se à doutrina e à própria jurisprudência a importante tarefa de identificar a real natureza jurídica desta nova modalidade de aquisição e conseqüente perda da propriedade imóvel estabelecida na lei civil, sem perder de vista o regramento constitucional da matéria. Devem ser estabelecidos os contornos básicos do instituto, evidenciando as características que o aproximam de outras formas afins já previstas na legislação pátria, tais como a usucapião e a desapropriação, ressaltando os aspectos que as diferenciam.

O instituto deve ser estudado no contexto das profundas transformações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 na disciplina da propriedade, a partir das quais tem-se por superado o caráter meramente estrutural com que era tratado pela legislação civil até então vigente, reconhecendo-se, assim, o aspecto funcional e instrumental do direito de propriedade. Abandona-se, assim, o modelo proprietário estabelecido pelo *Code Napoléon* e pela Pandectística, voltado exclusivamente para a idéia do direito subjetivo, reconstruindo-se o direito de propriedade à luz de uma concepção que se debruça também sobre os deveres, os ônus e os encargos que efetivamente compõem a situação subjetiva complexa que caracteriza o exercício do direito de propriedade.

Os parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do novo Código devem ser analisados no contexto de sua compatibilidade material com a Constituição Federal, abordando-se, ainda, as diversas cláusulas abertas veiculadas na referida norma, e as conseqüências que advêm da técnica adotada pelo legislador.

A regra em destaque já recebeu inúmeros ataques, sendo

A DISTRIBUIÇÃO DA TERRA REVELA-SE PROFUNDAMENTE DESIGUAL, VERIFICANDO-SE A EXISTÊNCIA DE ELEVADAS PORÇÕES DE TERRA NAS MÃOS DE POUCOS, E UM GRANDE CONTINGENTE DE PESSOAS EXCLUÍDAS DO ACESSO À TERRA E À PROPRIEDADE.

evidente o intenso debate doutrinário que já se estabeleceu sobre a matéria. Postulou-se, inclusive, fosse reconhecida a inconstitucionalidade da norma, por atentatória ao direito de propriedade. Neste sentido, a Emenda n.º 135, do senador Gabriel Hermes, que foi rejeitada.

Já Caio Mário da Silva Pereira entendia que tais normas eram inconstitucionais por vislumbrar na espécie uma modalidade de desapropriação não prevista na Constituição, sendo esta uma matéria necessariamente constitucional. Argumenta, ainda, a inconstitucionalidade das normas em destaque pelo fato de estabelecerem hipótese de desapropriação sem “prévia indenização”, além de não definirem quem deverá pagar a indenização, destacando que não seria razoável condenar-se o Estado, já que este não integra a relação processual⁵.

O tema, no entanto, foi objeto de análise ao longo da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do ministro Ruy Rosado, do STJ. Na oportunidade, ressaltou-se que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil” (Enunciado n.º 82, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

Revela-se, em verdade, bastante louvável a iniciativa do legislador, já que o panorama da atual estrutura fundiária brasileira não é dos melhores. A distribuição da terra revela-se profundamente desigual, verificando-se a existência de elevadas porções de terra nas mãos de poucos, e um grande contingente de pessoas excluídas do acesso à terra e à propriedade. Prevalecem, em verdade, os latifúndios, com terras sub-aproveitadas, e a intensa exploração do solo brasileiro por multinacionais⁶.

Revela-se imprescindível que a natureza jurídica do instituto seja bem definida, uma vez que este apresenta pontos em comum com a desapropriação e com a usucapião, sendo identificado por alguns autores como expropriação privada

ou desapropriação judicial. Já temos na doutrina significativa controvérsia a respeito do tema.

Sustenta-se que o art. 1.228, em seus §§ 4º e 5º, traz uma novidade legislativa que na prática representa um efeito da teoria sociológica da posse, que ressalta a importância da posse-trabalho, derivada da função social da propriedade. Estabelece o dispositivo a perda da propriedade para aquele que não exerce o direito em harmonia com as exigências impostas pela função social atribuída à propriedade. Beneficiam-se, por outro lado, aqueles que desempenham uma posse qualificada, ou seja, a posse-trabalho. Defende-se que não se trata de desapropriação de iniciativa do poder público, prevista na CF, nem de hipótese de usucapião. Trata-se, isto sim, do direito à aquisição de propriedade imóvel com base na posse social, desde que presentes os seguintes requisitos: extensa área de terra, sendo esta uma cláusula aberta; posse ininterrupta por mais de 5 anos; que essa posse seja coletiva, exercida por considerável número de pessoas, hipossuficientes ou não; que seja uma posse de boa-fé, assim entendida em seu aspecto subjetivo, ou seja, no sentido de que os possuidores ignoram o vício possessório; e, por fim, que além da boa-fé, haja posse social, ou seja, que os possuidores, em conjunto ou separadamente, tenham realizado na área expropriada obras ou serviços considerados, pelo julgador, de relevante interesse social ou econômico (por exemplo, acessões e benfeitorias).

Zavascki defende, no entanto, que não se trata de uma forma de expropriação, assemelhando-se, antes, a uma forma de usucapião: “A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo sejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá desapropriar sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes de pagar o preço e serão eles, e não o Poder Público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional. Se fôssemos comparar com algum instituto já formado e sedimentado em nosso sistema, haveríamos de fazê-lo, não com o da desapropriação, mas com o da usucapião.”⁷

Marco Aurélio Bezerra de Melo apresenta entendimento contrário, salientando que “inova o Código com essa previsão de relevante interesse social, mormente para grandes cidades e em áreas de notória ocupação (...). A nova previsão legal se assemelha demais com a usucapião, mas com a mesma não se confunde. Como sabido, não existe possibilidade de usucapião sem a presença do elemento subjetivo *animus domini* (...) e se observarmos atentamente, constataremos que o artigo não exige o referido requisito. Se para alguns, o referido requisito já está implícito na norma quando esta exige que se tenha realizado no imóvel obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, difícil é ultrapassar a possibilidade que a lei cria, para por fim ao conflito, de pagamento do preço”⁸.

Quanto ao requisito da posse de boa-fé, cumpre observar que, em princípio, nenhum invasor é possuidor de boa-fé, já que todo invasor sabe ou deveria saber, principalmente se tiver alguma instrução, que está se utilizando de um bem sobre o qual não tem título jurídico. No entanto, é possível, especialmente em casos de comunidades carentes, desprovidas de cultura e de meios materiais, alegar a existência de posse de boa-fé, com base, justamente, nas condições sócio-econômicas dos interessados, e no direito social de moradia (art. 6º, CF).

Cumpre observar que durante a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do ministro Ruy Rosado, do STJ, foi aprovado o Enunciado n.º 83, estabelecendo que “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.” Verifica-se, portanto, que o Enunciado restringe a aplicação do permissivo apenas a litígios entre particulares. Não se justifica, no entanto, tal restrição. Em que pese seja vedada a usucapião de imóveis públicos (arts. 183, §3º e 191, § único, CF; Súmula n.º 340 do STF e artigo 102 do código Civil), o instituto em destaque não se confunde com a usucapião. Deve ser lembrado que a expropriação privada tem como finalidade preservar o cânone constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, CF), princípio que deve prevalecer ainda quando violado pelo próprio Poder Público, que deve zelar pelo cumprimento

das normas que estabelece. Assim, comungamos com o entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo⁹, pelo qual mostra-se viável tal defesa, ainda quando o Poder Público é autor da ação reivindicatória.

Durante a mesma Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal foi também aprovado o Enunciado n.º 84, estabelecendo que “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização” Em outras palavras, diz-se que esse direito de aquisição da propriedade com base no interesse social, que deve ser argüido pelos próprios réus, só se materializaria com o pagamento da indenização, não através do Poder Público, e sim pelos próprios réus, ou seja, é a comunidade que deverá pagar o preço.

O preço, como estabelece o § 5º do art. 1.228, será fixado pelo juiz, que não poderá levar em conta, na sua fixação, eventuais acessões e benfeitorias realizadas pelos invasores.

A sentença que julga improcedente a reivindicatória, reconhece o direito de propriedade dos réus. A sentença, no entanto, não transfere a propriedade, devendo ainda ser realizado o pagamento do preço e feito o devido registro.

Estas as nossas breves considerações a respeito de um tema que está por merecer a atenção de nossos estudiosos civilistas, haja vista a relevância e o sem-número de questionamentos que envolvem a matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio, Novo Código Civil Anotado, Volume V, Direito das Coisas, Lumen Júris, 2004.
- DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º Volume, Teoria Geral do Direito Civil, Editora Saraiva.
- DUGUIT, Leon, El derecho subjetivo y la función social, in Las transformaciones Del derecho (público y privado). Trad. Carlos Posada. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1975.
- GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 5ª Edição, São Paulo: Malheiros Ed., 2000.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus, Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade. Informativo Incijur 38/12, set. 2002.
- PERLINGIERE, Pietro, Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- REALE, Miguel, O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo, Ed. Saraiva, 1986.
- SENADO FEDERAL. O Projeto do Código Civil no Senado, Brasília, Senado Federal, 1998, t.II.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário, Crítica ao anteprojeto do Código Civil. RF 242/ 21-22, abr-jun, 1973.
- TEPEDINO, Gustavo, Temas de Direito Civil, Ed. Renovar, 2004.
- _____. A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- VARELA, Laura Beck, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAVASCKI, Teori, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 5ª Edição, São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 260.
- ² ZAVASCKI, Teori, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- ³ VARELA, Laura Beck, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- ⁴ REALE, Miguel, O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo, Ed. Saraiva, 1986, p. 178.
- ⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário, Crítica ao anteprojeto do Código Civil. RF 242/ 21-22, abr-jun, 1973.
- ⁶ Pinto Ferreira, Comentários à Nova Constituição Brasileira, citado por Gustavo Tepedino, in Temas de Direito Civil, Ed. Renovar, 3ª edição, 2004, p. 308, fornece dados impressionantes: “As multinacionais controlam 401.752 km² do solo nacional, numa área equivalente aos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina.”
- ⁷ ZAVASCKI, Teori, A Tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil, in MARTINS-COSTA, Judith (coord.), A reconstrução do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- ⁸ BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio, Novo Código Civil Anotado, Volume V, Direito das Coisas, 3ª Edição, Lumen Júris, 2004, pp. 57 e 58.
- ⁹ BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio, Novo Código Civil Anotado, Volume V, Direito das Coisas, 3ª Edição, Lumen Júris, 2004, pp. 58 e 59.